AMOSTRA

SUMÁRIO

1. Metas da Semana 1.....03

Como usar as metas?

Todos os dias você terá uma meta para cumprir. Isso serve para que você não se perca no excesso e na insegurança do planejamento.

Logo, tudo o que você tem que fazer é seguir as metas, que dispõe o conteúdo programático do curso de maneira estratégica. Com isso, invariavelmente, você notará evolução dia após dia.

Nas metas, você encontra um ***passo a passo, principais dispositivos legais, o que você deve saber sobre o assunto e a jurisprudência.*** Tudo isso em um só material para que você saiba tudo o que você precisa saber sobre o tema.

2. Materiais da Semana 1.....109

Nossos materiais

A gente fornece materiais para que você possa cumprir as metas. Nossos materiais são didáticos e objetivos na medida.

Com eles, você consegue evoluir rapidamente, porque eles têm tudo o que você precisa saber sobre o tema para acertar questões de provas.

Não foram feitos da noite para o dia. Em verdade, eles são objeto de constante atualização e aprimoramento. A leitura flui e você estuda sem sofrimento.

PANORAMA SEMANAL DE METAS

SEMANA 1				
META	DISCIPLINA	ASSUNTO	CONTROLE DA META	PERCENTUAL DE ACERTOS
1	Administrativo	Princípios da Administração Pública	Pág. 4	
2	Tributário	Tributos: Conceito e Espécies Parte 1 de 2	Pág. 23	
3	Tributário	Tributos: Conceito e Espécies Parte 2 de 2	Pág. 23	
4	Processo Penal	Inquérito Policial Parte 1 de 2	Pág. 48	
5	Processo Penal	Inquérito Policial Parte 2 de 2	Pág. 48	
6	Administrativo	Organização Administrativa Parte 1 de 2	Pág. 78	
7	Administrativo	Organização Administrativa Parte 2 de 2	Pág. 78	

META 1

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PONTO DO EDITAL:

1 Princípios do direito administrativo.

1.1 Noção, relevância e tipologia.

1.2 Princípios constitucionais e infraconstitucionais regedores da atividade administrativa.

1.3 Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, preponderância e indisponibilidade do interesse público, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, continuidade, presunção de veracidade e de legalidade, autoexecutoriedade, autotutela, segurança jurídica, proteção à confiança, boa-fé.

Atualizado até 21.05.2021.

PASSO A PASSO

- Ler o tema pelo material do curso.
- Ler os artigos 37, *caput,* e 217 da CF.
- Ler os artigos 53 e 54 da Lei n. 9.784/99.
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Resolver 40 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com.br, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	CESPE
DISCIPLINA	ADMINISTRATIVO
ASSUNTO	1 CONCEITOS INICIAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO - HISTÓRICO, FUNÇÕES DE ESTADO E FONTES 2 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DE LEI SECA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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: (...)

Art. 217. É **dever** do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas APÓS ESGOTAREM-SE AS INSTÂNCIAS DA JUSTIÇA DESPORTIVA, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o **PRAZO MÁXIMO DE SESSENTA DIAS**, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

LEI N. 9.784/99

Art. 53. A Administração **DEVE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS**, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **DECAI EM CINCO ANOS,** contados da data em que foram praticados, **salvo comprovada má-fé.**

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

O QUE VOCÊ DEVE SABER SOBRE O ASSUNTO

a) Direito Administrativo:

• O Direito Administrativo pode ser conceituado como **ramo do direito público**, composto por normas e princípios que regulamentam a estruturação e funcionamento das entidades e órgãos públicos, bem como a relação do Estado com seus agentes e administrados.

• A constitucionalização do Direito Administrativo promove a colocação de temas infraconstitucionais administrativos na Constituição e, também, a releitura das normas administrativas a partir do texto constitucional ***(filtragem constitucional).*** A constitucionalização do Direito Administrativo traz as seguintes consequências:

1. Aumento do controle judicial na discricionariedade administrativa.
2. Maior participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas.
3. Valorização do princípio da juridicidade em detrimento do princípio da legalidade.
4. Centralidade dos direitos fundamentais e redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado.

b) Fontes do Direito Administrativo:

FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO	
LEI	• A lei é a principal fonte do Direito Administrativo. •**É fonte primária:** dela decorrem as outras. •**É fonte direta/imediata:** tem força suficiente para gerar normas jurídicas.

	• A lei deve ser entendida em seu sentido amplo: Constituição Federal, emendas constitucionais, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas, leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções, tratados internacionais, regulamentos administrativos, atos normativos da administração pública, etc. •A lei entendida em seu sentido amplo traz à tona a ideia de juridicidade, segundo a qual o administrador deve respeitar a lei e o Direito.
DOUTRINA	• Opiniões dos estudiosos sobre institutos e normas do Direito.
JURISPRUDÊNCIA	• Reiteradas decisões dos tribunais sobre determinado tema.
COSTUMES	***Os costumes são fontes do Direito Administrativo?*** • **1ª corrente (majoritária):** Sim, mas os costumes são fontes secundárias do Direito Administrativo. Na condição de fontes secundárias, os costumes só podem ser considerados vigentes e exigíveis quando não contrariarem nenhuma regra ou princípio estabelecido na lei. Costumes *contra legem* não têm obrigatoriedade. • **2ª corrente (minoritária):** Não. Diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado, os costumes não constituem fonte do direito administrativo, visto que a administração pública deve obediência estrita ao princípio da legalidade. • Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama de ***fontes inorganizadas*** do Direito Administrativo o ***costume*** (uso e a convicção generalizada da

	necessidade de sua obrigatoriedade) e a ***praxe administrativa*** (prática burocrática rotineira adotada por conveniência procedimental sem convicção de obrigatoriedade).
PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS	• O precedente administrativo pressupõe a prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares. • É importante fonte no sentido de garantir a segurança jurídica.

Como caiu em prova:

CESPE, PCPE, 2016: A lei é uma fonte primária e deve ser considerada em seu sentido amplo para abranger inclusive os regulamentos administrativos.

Certo.

CESPE, SEFAZCE, 2009: Os costumes são fontes do direito administrativo, não importando se são contra legem, praeter legem ou secundum legem.

Errado.

CESPE, PGMFOR, 2017: Conforme a doutrina, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado, os costumes não constituem fonte do direito administrativo, visto que a administração pública deve obediência estrita ao princípio da legalidade.

Errado.

c) Sistemas de controle administrativo: É o regime adotado pelo Estado para o controle dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público. Há dois sistemas de controle administrativo. São eles:

SISTEMA FRANCÊS DUALIDADE DE JURISDIÇÃO	SISTEMA INGLÊS JURISDIÇÃO ÚNICA
• Há duas jurisdições: *A **administrativa***, que é formada pelos tribunais de natureza administrativa *A **comum***, que é formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios.	• Há apenas uma jurisdição no sentido técnico: A ***comum***, que é formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver todos os litígios, sejam eles entre particulares ou entre particulares e a Administração Pública. • Fala-se em sentido técnico, porque há tribunais administrativos. Contudo, **apenas o Poder Judiciário aprecia os litígios de forma definitiva,** com formação de coisa julgada. • O Brasil adota o sistema inglês ou sistema de jurisdição única. • Ainda que existam lides apreciadas em âmbito administrativo, antes ou após o encerramento da via administrativa, o administrado pode discutir o seu direito em âmbito jurisdicional. Trata-se do ***princípio do livre acesso ao Judiciário*** (art. 5º, XXXV, da CF). •Há hipóteses em que se exige o prévio requerimento na via administrativa: Justiça desportiva (art. 217, §1º, da CF). Reclamação contra ato administrativo que contraria súmula vinculante (art. 7º, §1º, da Lei Lei n. 11.417/2006). *Habeas data.*

	Concessão de benefício previdenciário.

d) Regime Jurídico-Administrativo:

- A relação entre a Administração Pública e os particulares é conhecida pela ***verticalidade*****.** Isso porque, para sua atuação, a Administração é dotada de uma série de ferramentas e prerrogativas jurídicas que se justificam pela ***supremacia do interesse público***.

- A Administração não é proprietária da coisa pública. O povo é titular da coisa pública e do interesse público. Desse modo, a Administração sofre restrições, porque deve atuar nos limites estipulados pela lei. Surge, então, a outra faceta do regime jurídico-administrativo: ***a indisponibilidade do interesse público***.

- A soma do princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público é chamada de ***binômio ou bipolaridade do Direito Administrativo por Bandeira de Mello***. Essas prerrogativas e limitações consagram o regime jurídico administrativo.

e) Terminologia da Administração Pública:

SENTIDO	CONCEITO
AMPLO	•Abrange os órgãos de governo que exercem ***funções políticas*** e pessoas jurídicas que desempenham ***funções administrativas.*** Esse conceito amplo engloba, portanto, a ***elaboração de políticas públicas.***
ESTRITO	•Compreende apenas as funções meramente administrativas. Desse modo, o sentido estrito abrange somente a ***execução de políticas públicas.***

OBJETIVO MATERIAL FUNCIONAL	• Conjunto de ***atividades ou funções*** que costumam ser consideradas próprias da função administrativa e que objetivam a realização do interesse público. A ênfase é na seguinte indagação: "***Qual atividade a administração pública exerce?"*** • São próprias da função administrativa as seguintes atividades: **serviço público, polícia administrativa, fomento e intervenção.** •Sob essa ótica, as concessionárias são administração pública. ***Por qual motivo?*** Porque elas prestam serviços públicos e, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, esse critério tem como foco a atividade e não a pessoa. •Sob essa ótica, a Petrobrás não é administração pública. ***Por qual motivo?*** Porque exerce atividade econômica e, ainda que seja sociedade de economia mista, esse critério tem como foco a atividade e não a pessoa.
SUBJETIVO FORMAL ORGÂNICO	• Conjunto de ***órgãos, pessoas jurídicas e agentes*** que o nosso ordenamento jurídico identifica como administração pública, não importando a atividade que exerçam. A ênfase é na seguinte indagação: "***Quem a lei diz que compõe a administração pública?"*** •O Brasil adota o sentido subjetivo, formal ou orgânico. Dessa forma, quem a lei disser que é Administração Pública, será. A CF e o Decreto n. 200/67 dizem que Administração Pública é: administração direta e indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas).

CRUZADINHA: ***Qual é o conceito de Fazenda Pública?***

Fazenda Pública é a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações.

O conceito também abrange as agências executivas e reguladoras, porque elas são meras autarquias especiais.

Estão excluídas do conceito de Fazenda Pública as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Como caiu em prova:

CESPE, TJSE, 2014: O fomento, a polícia administrativa e o serviço público são abrangidos pela administração pública em sentido objetivo.

Certo.

CESPE, TRF1, 2017: A administração pública, em seu sentido material, compreende as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes que exercem função administrativa. Por outro lado, em seu sentido formal, designa a natureza da atividade exercida por esses entes.

Errado.

f) Princípios Administrativos:

LEGALIDADE	• O princípio da legalidade não é absoluto. Há uma tensão entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. Às vezes, a segurança jurídica deve se sobrepor. Exemplo: **Lei n. 9.784/99: Art. 54.** O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. • **Concepção tradicional:** O administrador público tem sua atuação limitada ao que a lei estabelece, aspecto que o difere do particular, a quem tudo se permite desde que não haja proibição legal. • **Concepção moderna:** O princípio da legalidade deve ser reinterpretado

	a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. O princípio da legalidade cede espaço ao princípio da juridicidade (atuação conforme a lei e o Direito). Com isso, restringe-se o espaço de discricionariedade do administrador público. Isso porque o Poder Judiciário pode controlar o ato administrativo não só com base na lei como também com base no Direito como um todo.
IMPESSOALIDADE	•**Vedação à promoção pessoal:** os atos da administração não devem buscar a promoção pessoal ou levar em conta interesses pessoais dos agentes. • **Isonomia:** os atos da administração não devem privilegiar pessoas ou grupos específicos. A finalidade deve ser o interesse público.
MORALIDADE	• Exige que a atuação administrativa deva ser ética e proba. Ainda que haja alto grau de indeterminação, a moralidade é um conceito objetivo, pois há um padrão de conduta a ser seguido. Não importa o íntimo do agente. Exemplo: **Súmula Vinculante n. 13:** A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.
PUBLICIDADE	•Transparência da atuação administrativa. •Necessidade de publicação oficial como condição de eficácia dos atos administrativos.

	•***Exceções:*** **1.** a segurança do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: informações militares. **2.** a segurança da sociedade (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: sigilo das informações sobre o interior de usina nuclear para evitar atentados terroristas. **3.** a intimidade dos envolvidos (art. 5º, X, da CF).
EFICIÊNCIA	•Acrescentado pela EC 19/98, correlaciona-se com a economicidade. •A Administração deve buscar obter o máximo de resultados com o dispêndio mínimo de recursos.
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	•Como a atividade administrativa é exercida em favor da coletividade, os interesses da Administração, em regra, devem ser priorizados em relação aos interesses particulares. •Esse princípio justifica a intervenção na propriedade, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, dentre outras prerrogativas.
AUTOTUTELA	• A Administração Pública pode corrigir de ofício os seus próprios atos, quando nulos ou contrários aos interesses públicos. **Súmula 473 do STF:** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. •Não se confunde com tutela administrativa ou tutela ministerial. Esta última é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração

	Direta sobre entidades da Administração Indireta (art. 19 do Decreto-Lei n. 200/67). •Ainda que a Administração Pública tenha a prerrogativa de controlar seus atos ilegais, é necessária a abertura de processo administrativo quando esses atos administrativos tenham gerado efeitos concretos aos administrados.
INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	•Os bens e interesses da Administração não pertencem a seus agentes, mas à coletividade. Assim, os agentes não podem dispor dos interesses administrativos como se fossem seus.
SUBSIDIARIEDADE	• O Estado deve assegurar aos particulares liberdade e condições de exercerem todas as atividades, devendo sua atuação ser subsidiária. Apenas quando a atuação privada não for satisfatória, deve o Estado intervir.
SEGURANÇA JURÍDICA	• O princípio da segurança jurídica tem dois princípios: ***objetivo*** e ***subjetivo***. •Em ***sentido objetivo,*** é a vedação a retroatividade das leis e atos administrativos. É a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. •Em ***sentido subjetivo,*** é a proteção à confiança. Impedimento de comportamentos contraditórios da Administração Pública. Às vezes, é possível a manutenção de atos ilegais ou antijurídicos para preservar o princípio da proteção à confiança.
CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	• Os serviços públicos não podem ser interrompidos. É dever do Estado manter os serviços públicos em andamento.

COMPILADO JURISPRUDENCIAL

• **Súmula Vinculante n. 5 do STF:** A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 5
1.Superou o entendimento da Súmula 343 do STJ (Súmula 343 do STJ: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.).
2.Tem validade antes de sua edição em 2008, porque apenas consolidou formalmente jurisprudência reiterada do STF. Em outras palavras, se um PAD teve curso sem advogado em 2007, não há nulidade por falta de defesa técnica. Precedente: ARE 842.500
3.Em caso de nomeação de advogado dativo, em substituição ao causídico do feito, não há nulidade se o dativo for apenas bacharel em direito e não for advogado inscrito na OAB. Precedente: RE 570.496
4.A súmula tem aplicabilidade somente em procedimentos de natureza cível. Procedimento Administrativo Disciplinar para apurar **falta grave de preso** deve ser conduzido por advogado ou defensor público nomeado. Sobre o tema, vale lembrar: **Súmula 533 do STJ:** Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser **realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.**

• **Súmula Vinculante n. 37 do STF:** Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 37
1. Resultou da conversão da antiga Súmula 339 do STF.
2. Tal Súmula Vinculante tem fundamento no princípio da legalidade. No caso, a legalidade e a independência dos Poderes devem preponderar sobre o princípio da isonomia.
3. Aplica-se a "servidores públicos" em sentido amplo, de modo que abrange também as relações

celetistas do Poder Público. Precedente: Rcl 27.333

• **Súmula vinculante 13 do STF**: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, **ATÉ O TERCEIRO GRAU**, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 13
1. A vedação ao nepotismo não exige lei em sentido formal, pois decorre do artigo 37, *caput,* da CF.
2. Aplica-se à Administração Direta e Indireta, abrangendo, por isso, sociedade de economia mista e empresas públicas.
3. Em regra, não se aplica a cargos políticos, tais como Secretários de Governo.
4. Contudo, a súmula pode ser aplicada para cargos políticos caso fique configurada a total falta de razoabilidade do nomeado, seja por falta de idoneidade moral ou qualificação técnica, seja por fraude à lei ou nepotismo cruzado. Precedente: Info 952 do STF
5. A norma antinepotismo deve incidir sobre cargos de provimento em comissão, funções gratificadas e cargos de direção e assessoramento, não incidindo para ocupantes de cargo de provimento efetivo (servidores concursados). Precedente: Info 786 do STF
6. A limitação constante do § 1º do art. 1.595 do Código Civil não tem aplicação para efeitos da Súmula Vinculante 13, vez que o parentesco por afinidade não é limitado apenas aos ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuges ou companheiros. **Os chamados "concunhados" estão abrangidos no conceito de parente de 3º grau em linha colateral.** Precedente: Rcl 26.448
7. Não é privativa do chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na administração pública. Precedente: RE 570.392
8. A incompatibilidade da prática enunciada na súmula vinculante com o art. 37 da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas de presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção,

chefia ou assessoramento tenha sido direcionado à pessoa com relação de parentesco com quem tenha potencial de interferir no processo de seleção. Precedente: Info 815 do STF
9. ***A contratação, por agente político, de parentes para cargos em comissão ocorrida antes da Súmula Vinculante 13 configura ato de improbidade administrativa?*** Sim. No Info 540 do STJ (Relator: Napoleão Nunes Maia, no ano de 2014), a 1ª turma do STJ entendeu que a contratação de parentes para cargos em comissão antes da Súmula Vinculante 13 não configuraria ato de improbidade administrativa. Contudo, pesquisas recentes (desde o ano de 2018) revelam que a 1ª e 2ª turmas do STJ entendem que, ainda que ocorrido antes da edição da Súmula Vinculante 13, a nomeação de parente para cargo em comissão constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública. Parece que a posição do Info 540 do STJ é somente do Ministro Napoleão Nunes Maia e não da 1ª turma. Precedentes: AgRg no AREsp 550.607 e REsp 1643293
10. Leis estaduais ou municipais não podem criar exceções à Súmula Vinculante n. 13, para fins de permitir o nepotismo para um determinado número de parentes ou para servidores que estivessem no exercício do cargo do momento da edição da súmula. Precedente: Info 706 do STF e ADI 3.094, respectivamente
11. Leis municipais podem criar hipóteses mais restritas para vedar a contratação de parentes em licitações promovidas pela Administração Pública. Precedente: RE 423.560

• **Súmula Vinculante 3:** Nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 3
1. O ato de concessão de aposentadoria é complexo, aperfeiçoando-se somente após a sua apreciação pelo Tribunal de Contas da União. Assim, para o exame da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, não há razão para contraditório e ampla defesa. Precedente: MS 31.704

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

2. Se o Tribunal de Contas demorar mais de 5 anos da chegada do processo para apreciar a legalidade da concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, tais atos devem ser considerados definitivamente registrados, ainda que o Tribunal de Contas não tenha concluído sua análise. Precedente: Info 967 do STF

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

• **Súmula 346 do STF:** A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

• **Súmula 633 do STJ:** A Lei 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, pode ser aplicada de forma subsidiária aos Estados e municípios se inexistente norma local e específica regulando a matéria.

• **Súmula 615 do STJ:** Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

• **Enunciado 15 da Jornada de Direito Administrativo:** A Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

• **Enunciado 20 da Jornada de Direito Administrativo:** O exercício da autotutela administrativa, para o desfazimento do ato administrativo que produza efeitos concretos favoráveis aos seus destinatários, **está condicionado à prévia intimação e oportunidade de contraditório aos beneficiários do ato.**

• O ato de remoção de servidor público por interesse da Administração Pública deve ser motivado. Caso não o seja, haverá nulidade. No entanto, é possível que o vício da ausência de motivação seja corrigido em momento posterior à edição dos atos administrativos impugnados. Precedente: Info 529 do STJ

• O sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. Logo, diante de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, podem ser publicados os registros de operações financeiras feitas a partir de conta corrente de titularidade da prefeitura municipal e das operações sucessivas, para fins de saber o real destino desses recursos públicos. Precedente: Info 879 do STF

• É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela administração pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. Precedente: Info 782 do STF

• Em atenção aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado da ECT deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Precedente: ED no RE 589.998

•A vitaliciedade do benefício que concede a ex-governadores, em caráter vitalício, o direito a serviços de segurança e motorista ultrapassa os limites mínimos da razoabilidade, transformando os serviços prestados em privilégio injustificado, afastada a comparação com o tratamento conferido pela Lei Federal 7.474/1986 a ex-Presidentes da República. Ação Direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘de forma vitalícia’, do art. 1º da Lei 13.219/2014 do Estado da Bahia, conferindo interpretação conforme ao texto remanescente, pela qual a prestação dos serviços

de segurança e motorista fica limitada ao final do mandato subsequente, enquanto não regulamentada a norma. Precedente: ADI 5.346

• A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental. *Precedente:* MS 19.132/DF

• É inconstitucional lei estadual que estabeleça prazo decadencial de 10 (dez) anos para anulação de atos administrativos reputados inválidos pela Administração Pública estadual, tendo em vista a violação ao princípio da isonomia. Isso porque o prazo de cinco anos se consolidou como regra geral para as relações entre Fazenda Pública e particulares. Precedente: ADI 6019/SP (Info 1012).

•I. A imposição de sanções ao Poder Executivo estadual em virtude de pendências de órgãos dotados de autonomia institucional e orgânico-administrativa, tais como o Ministério Público estadual, **constitui violação do princípio da intranscendência**, na medida em que o Governo do Estado não tem competência para intervir na esfera orgânica dessa instituição autônoma. II. O Poder Executivo não pode ser impedido de contratar operações de crédito em razão do descumprimento dos limites setoriais de despesa com pessoal por outros poderes e órgãos autônomos (art. 20, II, e 23, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Precedente: ACO 3072, julgado em 24/08/2020.

•I - A União é parte legítima para figurar no polo passivo das ações em que Estado-membro impugna inscrição em cadastros federais desabonadores e/ou de restrição de crédito.
II – **Inaplicabilidade do princípio da intranscendência subjetiva das sanções para isentar pessoa jurídica de direito público das consequências jurídicas da constatação de irregularidades**

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

relacionadas a convênio firmado em gestões anteriores, por força da incidência do princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37 da Lei Maior.

III – Descabimento da inscrição do Estado-membro nos cadastros desabonadores em decorrência de pendências administrativas relativas a débitos já submetidos a pagamento por precatório, por incompatibilidade com o postulado da razoabilidade, haja vista a possibilidade de intervenção federal que o não pagamento do precatório enseja.

Precedente: ACO 3083, julgado em 24/08/2020.

METAS 2 E 3

TRIBUTOS: CONCEITO E ESPÉCIES

PONTO DO EDITAL:

2 Tributo.

2.1 Conceito.

2.2 Natureza jurídica.

2.3 Espécies.

2.4 Imposto.

2.5 Taxa.

2.6 Contribuição de melhoria.

2.7 Empréstimo compulsório.

2.8 Contribuições.

Atualizado até 21.05.2021.

PASSO A PASSO

- Ler o material do curso.
- Ler os seguintes artigos do CTN: 3º a 5º, 16 a 18, 77 a 82.
- Ler os seguintes artigos da CF: 145 a 149-A, 154.
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Fazer 60 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	CESPE
DISCIPLINA	TRIBUTÁRIO
ASSUNTOS	1 QUESTÕES PROPEDÊUTICAS 2 CONCEITO DE TRIBUTO E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

OBSERVAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DA META

• O tema é grande. Então, sugerimos a seguinte divisão de estudo:

Parte 1: Ler o material quase todo (mais da metade), acompanhando a leitura do material pela legislação que for sendo citada.

Parte 2: Ler o restante do material, a legislação e jurisprudência indicadas. Ao final, resolver as questões, revisando no material tudo que errar.

PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DE LEI SECA

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 3º Tributo é toda **prestação pecuniária compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir,
que não constitua sanção de ato ilícito, instituída **em lei** e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo **FATO GERADOR** da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II - a **destinação legal do produto da sua arrecadação.**

Art. 5º Os tributos são **IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA.**

Art. 16. IMPOSTO é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Art. 18. Compete:
I - à **UNIÃO,** instituir, nos Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados e, se aqueles não forem divididos em Municípios, cumulativamente, os atribuídos a estes;
II - ao **DISTRITO FEDERAL** e aos **ESTADOS NÃO DIVIDIDOS EM MUNICÍPIOS**, instituir, cumulativamente, os impostos atribuídos aos Estados e aos Municípios.

Art. 77. As **TAXAS** cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como **FATO GERADOR** o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, **EFETIVA** ou **POTENCIAL**, de serviço público **ESPECÍFICO** e **DIVISÍVEL**, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa **NÃO** pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto **NEM SER CALCULADA EM FUNÇÃO DO CAPITAL DAS EMPRESAS.**

Art. 78. Considera-se **PODER DE POLÍCIA** a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b)potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - ESPECÍFICOS, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - DIVISÍVEIS, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Art. 80. Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.

TÍTULO V

Contribuição de Melhoria

Art. 81. A **CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA** cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

(...)

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes **TRIBUTOS:**

I - IMPOSTOS;

II - TAXAS, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Art. 146. Cabe à **LEI COMPLEMENTAR:**

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será **UNIFICADO** e **CENTRALIZADO** e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Art. 146-A. LEI COMPLEMENTAR poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

Art. 148. A **UNIÃO**, mediante **LEI COMPLEMENTAR**, poderá instituir **EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS:**

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b" (anterioridade).

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Art. 149. Compete **EXCLUSIVAMENTE** à União instituir **CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS, DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E DE INTERESSE DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS OU ECONÔMICAS**, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo (contribuições residuais).

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 1º-A. Quando houver deficit atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 1º-B. Demonstrada a insuficiência da medida prevista no § 1º-A para equacionar o deficit atuarial, é facultada a instituição de contribuição extraordinária, no âmbito da União, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 1º-C. A contribuição extraordinária de que trata o § 1º-B deverá ser instituída simultaneamente com outras medidas para equacionamento do deficit e vigorará por período determinado, contado da data de sua instituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - NÃO INCIDIRÃO sobre as **RECEITAS** decorrentes de exportação;

II - INCIDIRÃO também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É **FACULTADA** a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, **IMPOSTOS EXTRAORDINÁRIOS, COMPREENDIDOS OU NÃO EM SUA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**, os quais serão suprimidos, **GRADATIVAMENTE**, cessadas as causas de sua criação.

O QUE VOCÊ DEVE SABER SOBRE O ASSUNTO

a) Conceito de Tributo (art. 3º do CTN):

<table>
<tr><th colspan="2">TRIBUTO É...</th></tr>
<tr><td>TODA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA</td><td></td></tr>
<tr><td>COMPULSÓRIA</td><td>O tributo é receita derivada, porque é auferida por meio do poder de império estatal.
O tributo deriva do patrimônio do contribuinte.
Risco de Pegadinha: As bancas costumam dizer que os tributos são receitas originárias. Todavia, as receitas originárias originam-se do patrimônio do Estado.
Exemplo: aluguel de imóvel de propriedade municipal para particular.</td></tr>
<tr><td>EM MOEDA OU CUJO VALOR NELA POSSA SE EXPRIMIR</td><td>Não pode ser em algo que não seja economicamente apreciável ou que não possa ser transformado em pecúnia.
Não há tributo in labore.

O CTN permitiu a quitação de créditos tributários mediante a entrega de utilidades que possam ser expressas em moeda, desde que tais hipóteses estejam previstas no próprio Código (art. 141).

As hipóteses de extinção estão taxativamente previstas no art. 156, que admite a dação em pagamento de bens imóveis, mas não de bens móveis (Lei Complementar n. 104/2001).

As Leis n. 13.259/2016 e n. 13.313/2016 regulamentaram a dação em pagamento de bens imóveis.</td></tr>
<tr><td></td><td>Tributo é diferente de multa.</td></tr>
</table>

QUE NÃO CONSTITUA SANÇÃO DE ATO ILÍCITO	Tributo não pode ser punição. O fato gerador é previsto sempre em lei. Se ocorre o fato gerador, o tributo é devido. Sendo assim, sua cobrança pode derivar de uma causa ilícita (“*pecunia non olet*”).
CRIADA POR LEI	Criado por lei ou por Medida Provisória.
COBRADA MEDIANTE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PLENAMENTE VINCULADA	A atividade de imposição de tributos é vinculada, não havendo espaço para a discricionariedade administrativa.

b) Teoria da Tripartição e da Pentapartição:

• **Teoria da Tripartição:** Corrente tradicional. É a corrente legalista, pois a tripartição é extraída do CTN, que previu, em seu artigo 5º, três tributos expressamente: imposto, taxa e contribuição de melhoria.

• **Teoria da Pentapartição:** Visão mais moderna do Direito Tributário. É a corrente jurisprudencial adotada pelo STF, que reconhece a existência de cinco tributos. São eles: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições.

TRIPARTIÇÃO	PENTAPARTIÇÃO
IMPOSTOS	**IMPOSTOS**
TAXAS	**TAXAS**
CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA	**CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA**
	EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

• O artigo 4º do CTN diz que a denominação e a destinação legal não qualificam o tributo. Todavia, há contribuição que apenas se diferencia do imposto por causa da denominação legal. Ademais, o empréstimo compulsório se diferencia das demais espécies tributárias pelo destino da arrecadação. Assim, a doutrina defende que o art. 4º do CTN não foi recepcionado pela CF no tocante às contribuições especiais e aos empréstimos compulsórios.

• FGTS não é tributo. Veja o teor da Súmula 353 do STJ, *in verbis*:

Súmula 353 do STJ: As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

• Se existir simultaneamente vários débitos vencidos do mesmo sujeito para com a mesma pessoa de direito público, a ordem de quitação é pelo caráter contraprestacional do tributo: contribuição de melhoria, taxas e impostos (art. 163, II, do CTN).

Como caiu em prova:

CESPE, TJRN, 2013: Em que pese o CTN indicar que existem apenas três espécies de tributo, o STF consagrou o entendimento de que o sistema tributário nacional abrange os impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais e especiais.

Certo.

CESPE, PGEPE, 2018: Considerando-se o que dispõe o CTN, é correto afirmar que, como regra geral, os tributos.

podem incidir sobre bens e rendimentos decorrentes de atos ilícitos, embora não possam ser utilizados como sanção.

Certo.

CESPE, PGMFOR, 2017: A identificação do fato gerador é elemento suficiente para a classificação do tributo nas espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios.

Errado.

c) Impostos:

• Os impostos são tributos **NÃO VINCULADOS** e de **ARRECADAÇÃO NÃO VINCULADA.**

• Sua receita presta-se ao financiamento de **SERVIÇOS UNIVERSAIS.**

• Imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica.

• O fato gerador do imposto é relativo à vida do contribuinte, à sua atividade ou ao seu patrimônio.

Como caiu em prova:

CESPE, PGMFOR, 2017: O imposto é espécie tributária caracterizada por indicar fato ou situação fática relativa ao próprio contribuinte no aspecto material de sua hipótese de incidência.

Certo.

• A CF atribui competência aos entes federativos para instituição dos impostos. Todavia, **a CF não cria imposto algum.**

UNIÃO	ESTADOS	MUNICÍPIOS

II - Imposto de Importação IE – Imposto de Exportação IR – Imposto de Renda IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados IOF - Imposto sobre operações financeiras ITR – Imposto Territorial Rural IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas	ITCMD - Imposto por Transmissão por Causa Mortis e Doação ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços interestadual, intermunicipal e de comunicação IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor	ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano
A União detém a **COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RESIDUAL**. Ela pode criar novos impostos, desde que: • não-cumulativos; • não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados na CF. Para isso, é necessário **LEI COMPLEMENTAR.**		
A União detém **COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA (IEG)** para instituir impostos extraordinários de iminência ou de guerra externa. O IEG pode ter fato gerador próprio de tributos de competência das demais pessoas políticas.		

A cessação do imposto extraordinário é **GRADATIVA.** Nesse, **NÃO É NECESSÁRIO LEI COMPLEMENTAR.** ***Risco de Pegadinha:*** As bancas trocam qual hipótese -exige lei complementar. Portanto, decore que a competência extraordinária demanda lei ordinária (ou seja, não complementar).		

Como caiu em prova:

CESPE, CD, 2014: A CF atribui exclusivamente à União competência para a instituição de impostos extraordinários na hipótese de iminência ou no caso de guerra externa, os quais deverão ser suprimidos imediatamente quando cessadas as causas de sua criação.

Errado.

• A União nunca criou o IGF. Logo, em tese, poderia sofrer a sanção do parágrafo único do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Veja:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.
Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.

• A CF exige lei complementar nacional para definir: fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos. Todavia, para criação do imposto, **NÃO É NECESSÁRIO LEI COMPLEMENTAR.**

• Quando a União deixa de criar norma geral, os Estados podem exercer sua competência legislativa plena. Tal entendimento é do STF e referiu-se ao IPVA (RE 191.703).

• O princípio da capacidade contributiva determina que “Sempre que for possível, os impostos terão caráter pessoal, facultado à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

• O princípio da capacidade contributiva também pode ser aplicado às taxas.

d) Taxas:

• Todos os entes federativos podem instituir taxas.

• Sua instituição está vinculada ao campo de atuação do ente federativo (competências legislativas e materiais).

• Taxas são um tributo contraprestacional, retributivo, com referibilidade, pois sua cobrança depende de um fato do Estado. Como dito antes, os impostos dependem de um fato do contribuinte (auferir renda, por exemplo). As taxas, por sua vez, dependem de um fato do Estado.

• A taxa é um tributo vinculado, porque é contraprestacional. Isso não quer dizer que sua arrecadação é vinculada.

TAXAS	
TAXA DE POLÍCIA	**TAXA DE SERVIÇOS**
Exercício regular do poder de polícia.	Utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível.
Conceito do Poder de Polícia: **Art. 78.** Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato	**ESPECÍFICOS:** ocorre quando destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas. O contribuinte vê o Estado e sabe por qual serviço está

ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.	pagando. **DIVISÍVEIS:** ocorre quando suscetíveis de utilização, separadamente, por cada um dos seus usuários. O Estado vê o contribuinte e consegue identificar quem é o usuário.
Necessita do efetivo exercício do poder de polícia. O Poder de Polícia não pode ser potencial. Há diferença, nesse ponto, entre a taxa de polícia e a de serviços. Veja o quadro ao lado.	**UTILIZAÇÃO EFETIVA:** ocorre quando há fruição de qualquer natureza. **UTILIZAÇÃO POTENCIAL:** ocorre quando a lei determina que o serviço é de utilização compulsória. Nesse caso, o serviço tem que ser posto à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento. Para cobrança da taxa, entretanto, não é necessário que haja fruição.
O STF admite a presunção de exercício do Poder de Polícia. A existência de órgão de fiscalização faz presumir o efetivo exercício do poder de polícia. A fiscalização não precisa ser porta a porta.	

Como caiu em prova:

CESPE, TJDFT, 2014: As taxas cobradas pelo DF, no âmbito de suas atribuições, podem ter como fato gerador o exercício efetivo ou potencial do poder de polícia.

Errado.

CESPE, PGECE, 2008: Os serviços públicos justificadores da cobrança de taxas são considerados específicos quando o contribuinte, ao pagar a taxa relativa a seu imóvel, sabe por qual serviço está recolhendo o tributo.

Certo.

- As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (art. 145, § 2º, da CF).

- As taxas também não podem ter fato gerador idêntico aos dos impostos (art.77, parágrafo único, CTN).

- É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

- É possível a cobrança de taxa de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis calculada sobre a metragem do imóvel, não havendo ofensa ao princípio que veda a instituição de taxa com base de cálculo própria de imposto.

Como caiu em prova:

CESPE, DPU, 2017: No cálculo do valor de determinada taxa, pode haver elementos da base de cálculo de algum imposto, desde que não haja total identidade entre uma base e outra.

Certo.

CESPE, DPU, 2010: Segundo o STF, são específicos e divisíveis os serviços públicos municipais de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral e de forma indivisível, a exemplo dos serviços de conservação e limpeza de bens públicos, como praças, calçadas, ruas e bueiros.

Certo.

• O art. 150, VI, da CF (imunidade recíproca) não autoriza imunidade para taxas. A imunidade recíproca é somente para impostos.

• Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com as custas da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.

• Ofende a CF a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

• A taxa não pode ter função extrafiscal (STF RE 114.069).

• A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (Art. 77, parágrafo único, do CTN).

• Taxa x Preço Público:

TAXA	PREÇO PÚBLICO (TARIFA)
Regime Jurídico de Direito Público.	Regime Jurídico de Direito Privado.
O vínculo obrigacional é de natureza tributária, não admitindo rescisão.	O vínculo obrigacional é de natureza contratual, admitindo rescisão.
O sujeito ativo é uma pessoa jurídica de direito	O sujeito ativo pode ser uma pessoa jurídica de

público.	direito público ou de direito privado.
O vínculo nasce independentemente de manifestação de vontade.	Necessidade de manifestação de vontade.
Cobrada em virtude de utilização efetiva ou potencial do serviço público.	Só cobrada em virtude de utilização efetiva do serviço público.
A receita arrecadada é derivada.	A receita arrecadada é originária.
Sujeita-se aos princípios tributários (legalidade, anterioridade, noventena).	Não se sujeita a tais princípios.

e) Contribuição de melhoria:

• A contribuição de melhoria é tributo vinculado, pois depende da valorização imobiliária decorrente de obra pública.

• Essa contribuição é instituída para fazer face aos custos de obras públicas das quais decorram valorização imobiliária.

• Isso é diferente de dizer que a contribuição de melhoria é instituída para arrecadar recursos para fazer a obra. O fato gerador é a valorização imobiliária decorrente da obra. Logo, faz-se a obra, valoriza-se o imóvel e, após isso, a contribuição de melhoria é cobrada.

Como caiu em prova:

CESPE, CD, 2014: O fato gerador da contribuição de melhoria não é a realização da obra em si, mas sua consequência. Com isso, para efeito de cobrança do tributo, deve-se considerar melhoria como sinônimo de valorização do imóvel beneficiado.

Certo.

CESPE, TJRN, 2013: A contribuição de melhoria, cujo fato gerador é o gasto público com obra realizada nas proximidades do imóvel, pode ser instituída pela União, pelos estados, pelo DF e pelos municípios.

Errado.

- O limite total da cobrança da contribuição de melhoria é o que o Estado gastou com a obra.

- O limite individual da cobrança da contribuição de melhoria é o acréscimo de valor gerado para cada imóvel beneficiado.

Como caiu em prova:

CESPE, PGEPI, 2014: Por ser tributo vinculado, a contribuição de melhoria somente pode ser exigida quando realizada obra pública que proporcione a valorização de imóvel de propriedade do contribuinte, estando sua cobrança limitada pelo valor global da obra pública e, concomitantemente, pelo valor do benefício econômico auferido pelo contribuinte.

Certo.

- A realização de nova pavimentação de rua pode gerar a cobrança de contribuição de melhoria. Todavia, o **recapeamento** de via já asfaltada não pode (STF) gerar a cobrança de contribuição de melhoria, vez que é mero serviço de manutenção e conservação.

f) Empréstimo Compulsório:

- Os empréstimos compulsórios são instituídos pela União por meio de lei complementar.

- Leis ordinárias e MP não podem instituir empréstimos compulsórios.

- A devolução do empréstimo compulsório tem que ser na mesma espécie.

- É tributo de arrecadação vinculada, pois o que for arrecadado tem que ser utilizado com as despesas que fundamentaram sua instituição.

Risco de Pegadinha:

O fato gerador do empréstimo compulsório pode ser qualquer um. O fato gerador do empréstimo compulsório não é a calamidade pública, a guerra, etc. Esses são os pressupostos necessários à instituição.

g) Contribuições:

- É um grupo bastante heterogêneo, que engloba:

Contribuições sociais (seguridade social, outras contribuições sociais e contribuições sociais gerais).
CIDE.
Contribuições Corporativas ou Profissionais (Ex: contribuição-anuidade cobrada pelas autarquias fiscalizadoras das profissões regulamentadas).
Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública (COSIP).

- As contribuições sociais para o Sistema S são de natureza de contribuição social geral. Todavia, a contribuição para o SEBRAE detém natureza de CIDE (STF).

- O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. É remunerado por meio de COSIP.

- União detém competência residual para instituir nova contribuição social, por meio de **LEI COMPLEMENTAR.**

- Todo ente federativo pode instituir contribuição previdenciária para custeio do seu próprio RPPS.

Como caiu em prova:

CESPE, PGMFOR, 2017: O fato gerador da contribuição de iluminação pública é a prestação de serviço público, específico e divisível, colocado à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.

Errado.

CESPE, TCEPR, 2016: Município pode instituir contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração dos servidores públicos municipais para custeio do regime próprio de previdência, devendo, entretanto, os trabalhadores temporários e comissionados contribuir para o RGPS.

Certo.

CESPE, TCU, 2015: Conforme o STF, a contribuição destinada ao SEBRAE ostenta natureza de contribuição social geral.

Errado.

COMPILADO JURISPRUDENCIAL

• **Súmula Vinculante 12:** A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 12

1. A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização. Precedente: RE 597.854

2. É possível a cobrança de taxa de matrícula em curso de língua estrangeira. Precedente: Rcl 8.596

• **Súmula Vinculante 19:** A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 19

1. A taxa cobrada em razão dos serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos ofende o art. 145, II, da Constituição Federal. Precedente: RE 576.321 QO-RG.

2. Súmula Vinculante n. 29 do STF: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido da constitucionalidade da utilização da área do imóvel como base de cálculo da taxa de coleta de lixo domiciliar. Precedente: RE 1.165.562.

• **Súmula Vinculante 29:** É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 29

1. Ilegitimidade de taxa cobrada em razão de número de empregados. Precedente: RE 554.951.

• **Súmula Vinculante 40:** A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 40

1. Lembrar que essa contribuição confederativa deixou de ser compulsória com a Reforma Trabalhista. Agora, é necessária autorização prévia e expressa dos filiados. O STF entendeu que a Reforma Trabalhista neste ponto é constitucional. Precedente: ADI 5794.

• **Súmula Vinculante 41:** O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 41

1. Conversão da seguinte súmula:

Súmula 670 do STF: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

2. Para isso, foi criada a COSIP.

3. É constitucional a aplicação dos recursos arrecadados por meio de contribuição para o custeio da iluminação pública na expansão e aprimoramento da rede. Precedente: RE 666404, julgado em 18/08/2020.

• **Súmula 353 do STJ:** As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

• É constitucional a contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, tendo em vista a persistência do objeto para a qual foi instituída. STF. Plenário. RE 878313, Rel. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, julgado em 18/08/2020 (Repercussão Geral - Tema 696).

• **Súmula 545 do STF:** Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias ~~e tem sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu.~~

Observação: A parte riscada é o princípio da anualidade tributária, que não vigora no Brasil.

• **Súmula 553 do STJ:** Nos casos de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, é competente a Justiça estadual para o julgamento de demanda proposta exclusivamente contra a Eletrobrás. Requerida a intervenção da União no feito após a prolação de sentença pelo juízo estadual, os autos devem ser remetidos ao Tribunal Regional Federal competente para o julgamento da apelação se deferida a intervenção.

•**Súmula 595 do STF:** É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica a do imposto territorial rural.

• **Súmula 665 do STF:** É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/1989.

• **Súmula 667 do STF:** Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

• É inconstitucional lei estadual que cria taxa de fiscalização da exploração de recursos hídricos na qual o valor cobrado é muito superior em relação ao custo da atividade estatal relacionada. STF. Plenário. ADI 6211/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 4/12/2019 (Info 962).

• É inconstitucional a criação de taxa de combate a incêndios. A atividade desenvolvida pelo Estado no âmbito da segurança pública é mantida ante impostos, sendo imprópria a substituição, para tal fim, de taxa. Precedente: ADI 4411, julgado em 18/08/2020 (Info 992).

• É inconstitucional taxa de combate a sinistros instituída por lei municipal. A prevenção e o combate a incêndios são atividades desenvolvidas pelo Corpo de Bombeiros, sendo consideradas atividades de segurança pública, nos termos do art. 144, V e § 5º da CF/88. Precedente: Info 871 do STF.

• As taxas municipais de fiscalização e funcionamento não podem ter como base de cálculo o número de empregados ou ramo de atividade exercida pelo contribuinte. Precedente: Info 870 do STF.

• A taxa de fiscalização e funcionamento pode ter como base de cálculo a área de fiscalização, na medida em que traduz o custo da atividade estatal de fiscalização. Precedente: RE 856185.

• Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos. Precedente: Info 842 e 844 do STF.

• A instituição de contribuição de melhoria depende de lei prévia e específica, bem como da ocorrência de efetiva valorização imobiliária em razão da obra pública, cabendo ao ente tributante o ônus de realizar a prova respectiva. Precedente: Info 522 do STJ.

• É possível a cessão dos créditos decorrentes de empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Ao estabelecer o modo de devolução do referido tributo, a legislação de regência não criou óbice à cessão do respectivo crédito a terceiros, razão pela qual não há impedimento para tanto. Precedente: Info 520 do STJ.

• Na desapropriação indireta, quando há valorização geral e ordinária da área remanescente ao bem esbulhado em decorrência de obra ou serviço público, não é possível o abatimento no valor da indenização devida ao antigo proprietário. Cabe ao Poder Público, em tese, a utilização da contribuição de melhoria como instrumento legal capaz de fazer face ao custo da obra, devida proporcionalmente pelos proprietários de imóveis beneficiados com a valorização do bem. Precedente: Info 507 do STJ.

• *In casu*, a cobrança da contribuição de melhoria estabelecida em virtude da pavimentação asfáltica de via pública considerou apenas o valor total da obra sem atentar para a valorização imobiliária. É uníssono o entendimento jurisprudencial neste Superior Tribunal de que a base de cálculo da contribuição de melhoria é a efetiva valorização imobiliária, a qual é aferida mediante a diferença entre o valor do imóvel antes do início da obra e após a sua conclusão, sendo inadmissível a sua cobrança com base somente no custo da obra pública realizada. Precedente: Info 454 do STJ.

• O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias não tem natureza tributária, mas de preço público, consequentemente, não está sujeito ao princípio da legalidade estrita. Precedente: Info 750 do STF.

• É inconstitucional portaria de TJ que institui taxa para desarquivamento de autos de processo. As taxas devem obedecer ao princípio da legalidade tributária. Precedente: AI no RMS 31.170.

• Ainda que as empresa privadas recolham PIS, tributo menos gravoso, é válida a cobrança de PASEP das empresas estatais. No caso, à luz dos princípios da igualdade tributária e da seletividade no financiamento da Seguridade Social, a tributação de PASEP às estatais é válida. Precedente: Info 927 do STF.

• É constitucional a lei que extinguiu a contribuição sindical obrigatória. Do ponto de vista formal, O STF entendeu que não era necessária a edição de lei complementar para tratar sobre matéria relativa a contribuições, porque não são normas gerais de direito tributário. Além disso, não há necessidade de lei específica. Do ponto de vista material, a liberdade sindical impões a facultatividade de contribuições. Precedente: Info 908 do STF.

METAS 4 E 5

INQUÉRITO POLICIAL

PONTO DO EDITAL:

3 Inquérito policial.

Atualizado em 21.05.2021.

PASSO A PASSO

- Ler o assunto pelo material do curso.
- Ler os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal: art. 4º a 23 do CPP.
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Fazer 40 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	CESPE
DISCIPLINA	PROCESSUAL PENAL
ASSUNTO	5 INQUÉRITO POLICIAL

OBSERVAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DA META

• O tema é grande. Então, sugerimos a seguinte divisão de estudo:

Parte 1: Ler o material quase todo (mais da metade), acompanhando a leitura do material pela legislação que for sendo citada. Assim, você lerá boa parte do CPP neste dia.

Parte 2: Ler o restante do material, a legislação toda, para fazer as conexões, e jurisprudência indicadas. Ao final, resolver as questões, revisando no material tudo que errar.

PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DA LEI SECA

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Observação: A eficácia desses dispositivos do juízo de garantias está suspensa pelo STF – Ver ADI 6.298, 6.299, 6.300, 6.305.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15

(quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 4º A **POLÍCIA JUDICIÁRIA** será exercida pelas **autoridades policiais** no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º Nos **CRIMES DE AÇÃO PÚBLICA** o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterá **sempre que possível**:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do **despacho que indeferir** o requerimento de abertura de inquérito caberá **RECURSO para o chefe de Polícia**.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos **CRIMES DE AÇÃO PRIVADA**, a autoridade policial **somente poderá proceder a inquérito a requerimento** de quem tenha qualidade para intentá-la.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título Vll, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que Ihe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial **poderá proceder à reprodução simulada dos fatos**, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Art. 8º Havendo prisão em flagrante, será observado o disposto no Capítulo II do Título IX deste Livro.

Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Art. 10. O inquérito deverá **TERMINAR NO PRAZO DE 10 DIAS**, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente**,** contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, **OU NO PRAZO DE 30 DIAS**, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.

Art. 12. O inquérito policial **acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base** a uma ou outra.

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV - representar acerca da prisão preventiva.

Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de

1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão **requerer qualquer diligência**, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 14-A. Nos casos em que **SERVIDORES VINCULADOS ÀS INSTITUIÇÕES DISPOSTAS NO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FIGURAREM COMO INVESTIGADOS EM INQUÉRITOS POLICIAIS, INQUÉRITOS POLICIAIS MILITARES E DEMAIS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS**, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação**.** **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, **a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas**, indique defensor para a representação do investigado. **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§ 3º (VETADO). **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§ 4º (VETADO). **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§ 5º (VETADO). **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)**

Art. 15. Se o **indiciado for menor,** ser-lhe-á **NOMEADO CURADOR** pela autoridade policial.

Art. 16. O **Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito** à autoridade policial, **senão** para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Art. 17. A **AUTORIDADE POLICIAL NÃO PODERÁ MANDAR ARQUIVAR** autos de inquérito.

Art. 18. Depois de ordenado o **arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária**, por falta de base para a denúncia, **a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas**, se de outras provas tiver notícia.

Art. 19. Nos crimes em que **não couber ação pública**, os autos do inquérito serão **remetidos ao juízo competente**, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o **SIGILO NECESSÁRIO** à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.
Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

Art. 21. A **incomunicabilidade do indiciado** dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.
Parágrafo único. A incomunicabilidade, que **não excederá de três dias**, será decretada por **despacho fundamentado do Juiz**, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 22. No Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrição de outra, independentemente de precatórias ou requisições, e bem assim providenciará, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

O QUE VOCÊ DEVE SABER SOBRE O ASSUNTO

a) Introdução:

•Em um Estado Democrático de Direito, vige o princípio da presunção da inocência e o processo é visto de uma forma garantista. Logo, somente é possível a aplicação da pena se há elementos de prova para tanto.

•Dessa forma, surge o inquérito policial como a principal forma de investigação estatal. Não é a única forma de investigação criminal, mas é a principal.

•O inquérito policial é espécie da qual a investigação criminal é gênero.

b) Conceito de Inquérito Policial:

•É um procedimento preparatório da ação penal (...)
• de caráter administrativo, (...)
• conduzido pela Polícia Judiciária e (...)
•voltado à colheita preliminar de provas (...)
• para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.

c) Objetivos do Inquérito Policial:

•A reunião dos elementos de convicção que habilitem o órgão de acusação à propositura da ação penal (pública ou privada).

•A colheita de provas urgentes que possam desaparecer após o cometimento do crime.

d) Polícia Judiciária:

•O inquérito policial é conduzido pela Polícia Judiciária.

POLÍCIA JUDICIÁRIA	POLÍCIA ADMINISTRATIVA OU DE SEGURANÇA
Possui caráter repressivo, já que atua após a prática da infração penal. Preside o inquérito policial. Pode exercer, no entanto, funções atípicas de polícia preventiva. No âmbito estadual, é exercida pela Polícia Civil, ao passo que, no âmbito federal, é exercida pela Polícia Federal.	Atua antes da prática da infração penal, justamente para evitá-la. É o exemplo da Polícia Militar.

e) Características do Inquérito Policial:

INQUISITIVO	O inquérito policial é procedimento administrativo que não culmina em aplicação de pena. Por isso, não comporta contraditório nem ampla defesa. Embora tal característica permaneça válida, ela sofreu **mitigação** com a nova previsão do Estatuto da OAB (2016), que previu como direito do advogado o seguinte: *Art. 7º. XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou*

	indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; Vale salientar que o ofendido ou indiciado não podem requisitar diligências. Ele tem o direito de **requerer colheita de provas**, que será ou não realizada a critério da autoridade policial, *in verbis:* *Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.*
PREPARATÓRIO E INFORMATIVO	O inquérito policial tem como função a colheita de lastro probatório mínimo para subsidiar a ação penal. Desse modo, ele é **meio instrumental**, evitando-se, com isso, a instauração de ações penais temerárias.
DISPENSÁVEL	O inquérito policial é dispensável nos casos em que o titular da ação penal já detém, por outros meios, elementos de prova quanto à autoria e à materialidade da infração penal. Embora dispensável, caso o inquérito seja base para a propositura da ação penal, ele deve acompanhar a denúncia ou queixa.
INEXISTÊNCIA DE NULIDADES	Os vícios do inquérito policial **não contaminam a ação penal**. As nulidades existem apenas na fase processual. Se a prova irregular era a única do inquérito, a consequência é que a denúncia deve ser rejeitada por falta de suporte probatório mínimo (justa causa), nos termos do art. 395, inciso 111, do CPP.
ESCRITO	*Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.*

SIGILOSO	Em virtude da presunção de inocência e da mácula que uma investigação penal ocasiona ao suspeito, o inquérito policial não está disponível para qualquer um do povo. Observe o art. 20 do CPP: *Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.* Entretanto, o sigilo do inquérito não se aplica ao juiz, ao Ministério Público e ao advogado. O Estatuto da OAB confere acesso ao advogado, **mesmo sem procuração nos autos.** Vale lembrar que a Súmula Vinculante n. 14 confere sigilo ao defensor apenas das diligências **em andamento para eficiência da investigação.** Se houver desrespeito, é possível reclamação no STF, mandado de segurança junto ao juiz de primeiro grau (violação a direito líquido e certo previsto no estatuto da OAB) e *habeas corpus* pelo acusado (a vedação de acesso ao seu advogado pelo prejudicar sua defesa). Nas investigações referentes a organizações criminosas, se for decretado o sigilo, o acesso do defensor constituído dependerá de autorização judicial, exceto se for determinado o depoimento do investigando, quando o advogado terá vista dos autos com no mínimo 3 dias de antecedência (art. 23 da Lei 12.850/13).
OFICIALIDADE	O inquérito policial é presidido por órgão oficial do Estado.

	No caso, a Polícia Judiciária.
AUTORITARIEDADE	O inquérito policial é presidido por autoridade pública, o Delegado de Polícia. *Lei 12.830/2013.* *Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.* *§ 1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.*
OFICIOSIDADE	Nos crimes de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial tem o dever de ofício proceder à apuração do fato delitivo, *in verbis:* *Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício;* Há **exceções à obrigatoriedade** de instauração: **1)** *notitia criminis* inidônea (sem informações necessárias mínimas); **2)** fato notoriamente atípico do ponto de vista formal; **3)** extinção da punibilidade; **4)** infração de menor potencial ofensivo (elaboração do termo circunstanciado). As **notícias anônimas** ("denúncias anônimas") não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar, o emprego de métodos invasivos de investigação, como interceptação telefônica ou busca e

	apreensão. Entretanto, elas **podem constituir fonte de informação e de provas** que não podem ser simplesmente descartadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Procedimento a ser adotado pela autoridade policial em caso de "denúncia anônima": **1)** Realizar investigações preliminares para confirmar a credibilidade da "denúncia"; **2)** Sendo confirmado que a "denúncia anônima" possui aparência mínima de procedência, instaura-se inquérito policial; **3)** Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá buscar outros meios de prova que não a interceptação telefônica (esta é a *última ratio*). Se houver indícios concretos contra os investigados, mas a interceptação se revelar imprescindível para provar o crime, poderá ser requerida a quebra do sigilo telefônico ao magistrado.
INDISPONIBILIDADE	Ainda que tenha instaurado o inquérito policial de ofício, a autoridade policial não pode determinar o arquivamento do inquérito policial. Observe o art. 17 do CPP: *Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.*

Como caiu em prova:

CESPE, PGDF, 2013: De acordo com o CPP, qualquer pessoa do povo, ao tomar conhecimento da prática de atos delituosos, deverá comunicá-los à autoridade policial, seja verbalmente, seja por via formal.

Errado.

CESPE, TJBA, 2019: A respeito de inquérito policial, em regra, a apreensão de objetos na fase inquisitorial não depende de autorização judicial.

Certo.

CESPE, MPU, 2018: Denúncia anônima sobre fato grave de necessária repressão imediata é suficiente para embasar, por si só, a instauração de inquérito policial para rápida formulação de pedido de quebra de sigilo e de interceptação telefônica.

Errado.

f) Valor probatório relativo:

- O IP possui **valor probatório relativo**, pois não é realizado perante o juiz e não respeita contraditório e ampla defesa.
- No inquérito policial, **são produzidos elementos de informação** e não prova propriamente dita.
- Os elementos informativos podem ser utilizados no processo, desde que confirmados por outros elementos obtidos nos autos (art. 155, CPP), *in verbis:*

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

- O Juiz, no entanto, pode fundamentar sua decisão exclusivamente em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, porque são provas, não apenas elementos informativos.

ELEMENTOS INFORMATIVOS	PROVA
Inquérito Policial, sem contraditório e ampla defesa.	Inquérito Policial ou Processo, mas mediante contraditório e ampla defesa.

Como caiu em prova:

CESPE, TJAM, 2019: O inquérito policial é dispensável para a promoção da ação penal desde que a denúncia esteja minimamente consubstanciada nos elementos exigidos em lei.

Certo.

g) Incomunicabilidade:

- **NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88 (MAJORITÁRIA):** A incomunicabilidade é vedada até mesmo durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, IV da CF) e o art. 5º, LXIII, da CF assegura a todo preso a assistência moral de sua família e a assistência técnica de um advogado.

- **RECEPÇÃO (MINORITÁRIA):** A CF veda incomunicabilidade somente no caso de Estado de Defesa e a regra do art. 5º, LXIII, teria aplicação específica para as prisões em flagrante.

h) Início do Inquérito Policial:

- **De ofício:** por meio de noticia criminis de cognição imediata, mediata ou coercitiva. Delação anônima, embora não autorize o início do IP, pode ensejar providências preliminares destinadas a conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados.

- **Requisição do juiz ou MP:** a requisição pelo Juiz é incompatível com a CF. A requisição por parte do MP tem natureza de ordem (é obrigatória) e o descumprimento pode configurar crime de prevaricação.

- **Requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, nas ações privadas e nas ações públicas subsidiárias:** Nos crimes de ação privada o IP só pode ser iniciado se houver requerimento. Em caso de indeferimento, cabe recurso para o Chefe de Polícia (art. 5º, § 2º, CPP).

- **Representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, nas ações penais públicas condicionadas:** O IP só pode ser iniciado se houver representação, a qual prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal.

i) Indiciamento:

- O indiciamento é **ato privativo da autoridade policial**, que atribui a autoria de uma infração penal à pessoa, podendo ser feito já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. Sobre o assunto, é importante que o aluno leia a Lei n. 12.830/13.

- É possível o desindiciamento, no caso de a autoridade policial entender que a pessoa indiciada não teve vínculo algum com o fato.

- O indiciamento pode ser direto (feito na presença do indivíduo) ou indireto (quando não é feito na presença do indivíduo).

Risco de Pegadinha:

a) Juiz e MP: não podem ser objeto de indiciamento. A Lei 8.625/93 (MP em geral) e as LC 75/93 (MPF) e 35/79 (Magistratura) determinam que, quando houver indícios de autoria, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral ou ao Tribunal.

b) Autoridades com prerrogativa no STF: não há dispositivo que vede o indiciamento, mas o STF entendeu que é indispensável que a autoridade policial obtenha uma autorização do Tribunal competente para julgar esta autoridade.

j) Prazos para conclusão do Inquérito Policial:

PRAZOS PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO				
REGRA GERAL (CPP)	**JUSTIÇA FEDERAL**	**CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR**	**LEI DE DROGAS**	**INQUÉRITOS MILITARES**
Réu preso: 10 dias improrrogável **Réu solto: 30 dias** prorrogável a requerimento do delegado e	**Réu preso: 15 dias** prorrogável por igual período, com autorização judicial	**Réu preso ou solto: 10 dias** (prazo único improrrogável)	**Réu preso: 30 dias**(duplicável) **Réu solto: 90 dias**(duplicável) Em ambos os	**Réu preso: 20 dias** (improrrogável) **Réu solto: 40 dias** (prorrogável por mais de 20 dias)

autorização do juiz quantas vezes preciso	**Réu solto: 30 dias** prorrogável a requerimento do delegado e autorização do juiz quantas vezes preciso		casos, deve haver pedido do delegado, oitiva do MP e deliberação judicial.	

Fonte: **Material de João Lordelo**

Como caiu em prova:

CESPE, TJAM, 2019: Lúcio é investigado pela prática de latrocínio. Durante a investigação, apurou-se a participação de Carlos no crime, tendo sido decretada de ofício a sua prisão temporária. Como Lúcio está solto, o inquérito policial não terá prazo para ser concluído.

Errado.

k) Arquivamento do Inquérito Policial:

ARQUIVAMENTO NA AÇÃO PENAL PÚBLICA	Em regra, da decisão que defere o arquivamento não cabe recurso. Exceção: caberá remessa obrigatória no caso de crime contra a economia popular (art. 7º da Lei 1.521/51). Não é cabível MS da vítima visando evitar o arquivamento de IP. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas do STJ têm entendido pela impossibilidade do manejo do mandado de segurança por parte da vítima ou de seu representante legal para impugnar decisão que homologa o pedido de arquivamento de inquérito policial (ou que indefere o desarquivamento), seja pelo fato de que tal *decisum* não possui natureza jurisdicional, seja porque o titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público, não sendo cabível o eventual oferecimento de ação penal privada

	subsidiária sem a prova de sua inércia. Precedente: RMS: 61971 MG 2019/0297896-1.
ARQUIVAMENTO NA AÇÃO PENAL PRIVADA	O arquivamento advém como consequência de outros institutos, tais como a renúncia ou a decadência. Pode ocorrer por pedido expresso do ofendido, que será considerado como renúncia e acarretará a extinção da punibilidade. E, também, pelo transcurso do prazo decadencial para exercício do direito de queixa (art. 38, CPP), o que gera a decadência.
ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO	É a situação na qual o Promotor deixa de incluir na denúncia algum fato investigado (arquivamento objetivo) ou algum dos indiciados (arquivamento subjetivo), sem justificação ou expressa manifestação deste procedimento. A jurisprudência majoritária não admite a figura do arquivamento implícito do inquérito policial. Por essa razão, todo arquivamento do inquérito deverá ser sempre expresso
ARQUIVAMENTO INDIRETO	Ocorre quando o magistrado não concorda com o pedido de declinação de competência formulado pelo órgão ministerial. O juiz recebe tal manifestação como se fosse um pedido de arquivamento e aplica, por analogia, o art. 28 do CPP.
ARQUIVAMENTO PROVISÓRIO	Ocorre quando, nas ações penais públicas condicionadas à representação da vítima, a representação (condição de procedibilidade) não é realizada. Dessa maneira, arquiva-se o inquérito policial provisoriamente no aguardo da representação. Decorrido o prazo decadencial do direito da vítima de representar, o arquivamento provisório torna-se definitivo.

l) Desarquivamento do Inquérito Policial:

AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL OU DE CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL	SIM
FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL **(NÃO HÁ INDÍCIOS DE AUTORIA OU PROVA DA MATERIALIDADE)**	SIM
ATIPICIDADE **(FATO NARRADO NÃO É CRIME)**	NÃO
EXISTÊNCIA MANIFESTA DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE	STJ: NÃO STF: SIM
EXISTÊNCIA MANIFESTA DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE	NÃO
EXISTÊNCIA MANIFESTA DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE	NÃO Exceção: certidão de óbito falsa.

Fonte: **Dizer o Direito**

COMPILADO JURISPRUDENCIAL

•**Súmula n. 234 do STJ:** A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

Como caiu em prova:

CESPE, PF, 2018: O fato de não ser cabível a oposição de exceção de suspeição à autoridade policial na presidência do IP faz, por consequência, que não sejam cabíveis as hipóteses de suspeição em investigação criminal.

Errado.

• **Súmula n. 524 do STF:** Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Como caiu em prova:

CESPE, TJBA, 2019: A respeito de inquérito policial, diante de notícia de novas provas, a autoridade policial poderá desarquivar, de ofício, inquérito policial já encerrado.

Errado.

•**Súmula Vinculante n. 14:** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 14:
1. Possibilidade de obtenção de cópias de todos os elementos de prova já documentados, inclusive daqueles em formato audiovisual. Precedente: Rcl 31.213
2. Inviabilidade do acesso pela defesa a procedimentos investigatórios não concluídos. Precedente: Rcl 30.957
3. Inaplicabilidade da súmula para procedimentos de natureza cível ou administrativa. Precedente: Rcl 10.771

Como caiu em prova:

CESPE, PGEPE, 2019: É garantido ao defensor de investigado o pleno acesso aos documentos já anexados ao procedimento investigatório, mesmo que o inquérito policial esteja classificado como sigiloso.

Certo.

•O **ingresso regular da polícia no domicílio, sem autorização judicial, em caso de flagrante delito**, para que seja válido, necessita que haja **fundadas razões (justa causa) que sinalizem a ocorrência de crime no interior da residência**. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agente, embora

pudesse autorizar abordagem policial em via pública para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial. Precedente: REsp 1574681-RS (Info 606).

•***É possível a reabertura da investigação e o oferecimento de denúncia se o inquérito policial havia sido arquivado com base em excludente de ilicitude?***

STJ: NÃO. Para o STJ, o arquivamento do inquérito policial com base na existência de causa excludente da ilicitude faz coisa julgada material e impede a rediscussão do caso penal. No entanto, essa possibilidade só existe na hipótese em que o arquivamento ocorreu por falta de provas, ou seja, por falta de suporte probatório mínimo (inexistência de indícios de autoria e certeza de materialidade). Precedente: REsp 791.471/ 4 (Info 554).

STF: SIM. Para o STF, o arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material. Logo, surgindo novas provas seria possível reabrir o inquérito policial, com base no art. 18 do CPP e na Súmula 524 do STF. Precedente: HC 95211 (Info 796).

- O arquivamento de inquérito policial por excludente de ilicitude realizado com base em provas fraudadas **não faz coisa julgada material**. Precedente: HC 87395/PR (Info 858).

- Em regra, a autoridade com foro por prerrogativa de função pode ser indiciada. Existem exceções previstas em lei de **autoridades que não podem ser indiciadas**:

a) Magistrados (art. 33, parágrafo único, da LC 35/79);

b) Membros do Ministério Público (art. 18, parágrafo único, da LC 75/73 e art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93).

Excetuadas as hipóteses legais, é plenamente possível o indiciamento de autoridades com foro por prerrogativa de função. No entanto, para isso, é **indispensável que a autoridade policial obtenha uma autorização do Tribunal competente para julgar esta autoridade**. Precedente: HC 133835 (Info 825).

- Embora as autoridades com prerrogativa de foro **devam ser processadas perante o Tribunal competente**, a lei não excepciona a forma como devem ser investigadas, devendo ser aplicada, assim, a

regra geral prevista no art. 5º do Código de Processo Penal. Necessário a extensão da garantia conferida aos deputados federais e senadores à autoridade municipal, detentora de prerrogativa de foro (art. 29, X, da CF), devendo o operador do direito suprir as lacunas constitucionais. Precedente: AgRg no REsp: 1851378 GO 2019/0358659-4.

- A ausência de norma condicionando a instauração de inquérito policial à prévia autorização do Judiciário revela a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de MC na ADI n. 5.104/DF, **condicionar a instauração de inquérito policial a uma autorização do Poder Judiciário "institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório".** Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial. Precedente: AREsp: 1207246 DF 2017/0301017-8.

- Nos **procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministro Público**, a toda evidência, não há que se falar em indiciamento por delegado de polícia, até mesmo porque a Lei nº 12.830/2013 trata exclusivamente das investigações conduzidas pela autoridade policial. Eventuais vícios nas investigações não contaminam a ação penal. O Ministro Público, na qualidade de titular da ação penal pública, pode dispensar investigações preliminares quando dispor de substratos necessários ao oferecimento da peça acusatória. Precedente: RHC: 105050 PI 2018/0294861-4.

- O Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, **pode ter acesso a ordens de missão policial (OMP)**. Ressalva: no que se refere às OMPs lançadas em face de atuação como polícia investigativa, decorrente de cooperação internacional exclusiva da Polícia Federal, e sobre a qual haja acordo de sigilo, o acesso do Ministério Público não será vedado, mas realizado a posteriori. Precedente: REsp 1439193-RJ (Info 587).

- O **STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando verificar que, mesmo após terem sido feitas diligências de investigação e terem sido descumpridos os prazos para a instrução do inquérito, não**

foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade (art. 231, § 4º, "e", do RISTF). A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Precedente: Inq 4420/DF.

- O **prévio agendamento das visitas, mediante requerimento à Direção do estabelecimento prisional, é exigência que fere o direito do advogado de comunicar-se com cliente recolhido a estabelecimento civil, ainda que incomunicáve**l, conforme preceitua o artigo 7º da Lei 8.906/1994, norma hierarquicamente superior ao ato impugnado. A mesma lei prevê o livre acesso do advogado às dependências de prisões, mesmo fora de expediente e sem a presença dos administradores da instituição, garantia que não poderia ter sido limitada pela Resolução SAP 49. Precedente: AREsp: 1028847 SP 2016/0321683-5.

- Igualmente malferido o direito do condenado à entrevista pessoal e reservada com seu advogado (artigo 41, IX, da LEP), prerrogativa que independe do fato de o preso estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, pois, ainda assim, mantém ele integralmente seu direito à igualdade de tratamento, nos termos do artigo 41, XII, da Lei de Execuções Penais. Ressalva-se, contudo, a possibilidade da Administração Penitenciária - de forma motivada, individualizada e circunstancial - disciplinar a visita do Advogado por razões excepcionais, como por exemplo a garantia da segurança do próprio causídico ou dos outros presos. Precedente: AREsp: 1028847 SP 2016/0321683-5.

- **O controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público Federal não lhe garante o acesso irrestrito a todos os relatórios de inteligência produzidos pela Diretoria de Inteligência do Departamento de Polícia Federal, mas somente aos de natureza persecutório-penal**. O controle externo da atividade policial exercido pelo Parquet deve circunscrever-se à atividade de polícia judiciária, conforme a dicção do art. 9º da LC n. 75/93, cabendo-lhe, por essa razão, o acesso aos relatórios de inteligência policial de natureza persecutório-penal, ou seja, relacionados com a atividade de investigação criminal. Precedente: REsp 1439193-RJ (Info 587).

- A suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal. Assim, **é inviável a anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito**, pois, segundo jurisprudência firmada no STF, as nulidades processuais estão relacionadas apenas a defeitos de ordem jurídica pelos quais são afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedente: RHC 131450/DF (Info 824).

- **As notícias anônimas ("denúncias anônimas") não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar**, o emprego de métodos invasivos de investigação, como interceptação telefônica ou busca e apreensão. Entretanto, elas podem constituir fonte de informação e de provas que não podem ser simplesmente descartadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Procedimento a ser adotado pela autoridade policial em caso de "denúncia anônima":

1) Realizar investigações preliminares para confirmar a credibilidade da "denúncia";

2) Sendo confirmado que a "denúncia anônima" possui aparência mínima de procedência, instaura-se inquérito policial;

3) Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá buscar outros meios de prova que não a interceptação telefônica (esta é a *ultima ratio*). Se houver indícios concretos contra os investigados, mas a interceptação se revelar imprescindível para provar o crime, poderá ser requerida a quebra do sigilo telefônico ao magistrado. Precedente: HC 106152/MS (Info 819).

- A **gravação e transcrição dos áudios relevantes é providência inerente ao procedimento das interceptações telefônicas**, sob pena de, à míngua de comprovação do que efetivamente se ouviu, não surtirem efeito algum para a investigação. Precedente: AgRg no REsp: 1683930 SC 2017/0171943-0.

- O STF reconheceu **a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal**, mas ressaltou que essa investigação deverá respeitar alguns parâmetros que podem ser a seguir listados:

1) Devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados;

2) Os atos investigatórios devem ser necessariamente documentados e praticados por membros do MP;

3) Devem ser observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, ou seja, determinadas diligências somente podem ser autorizadas pelo Poder Judiciário nos casos em que a CF/88 assim exigir;

4) Devem ser respeitadas as prerrogativas profissionais asseguradas por lei aos advogados;

5) Deve ser assegurada a garantia prevista na Súmula vinculante 14 do STF ("É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa");

6) A investigação deve ser realizada dentro de prazo razoável;

7) Os atos de investigação conduzidos pelo MP estão sujeitos ao permanente controle do Poder Judiciário.

Precedente: RE 593727/MG (Info 787).

- **Não oferecida a queixa-crime contra todos os supostos autores ou partícipes** da prática delituosa, há afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal, a implicar **renúncia tácita ao direito de querela**, cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no cometimento da infração penal. Precedente: Inq 3526/DF.

- **Tema n. 1034 de Repercussão Geral do STF**: Sistema penal acusatório e determinação de tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Civil por Provimento da Corregedoria Geral de Justiça. Inteligência dos artigos 22, I; 128, §5º; 129, I e 144, IX da Constituição Federal. RE 660.814, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

- É **constitucional lei estadual** que preveja a possibilidade de o MP requisitar informações quando o inquérito policial não for encerrado em 30 dias, tratando-se de indiciado solto. Precedente: ADI 2886/RJ.

- **Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial**, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Precedente: HC: 169731 SP.

- Eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial, em regra, não contaminam a ação penal. (AgRg no RHC 124.024/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020)

- Compete ao CNMP dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais. STF. Plenário. ACO 843/SP, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05/06/2020.

META 7

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

PONTO DO EDITAL:

3 Administração direta e indireta.

3.1 Noções.

3.2 Características.

3.3 Autarquias.

3.4 Fundações públicas.

3.5 Empresas públicas.

3.6 Sociedades de economia mista.

Atualizado até 21.05.2021.

PASSO A PASSO

- Ler o tema **ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA** pelo material.
- Ler os seguintes dispositivos: art. 1º, §2º, da Lei nº 9.784/99

  art. 18 da CF

  arts. 37, incisos XIX e XX, da CF

  art. 109, inciso I, da CF

  arts. 173 a 175 da CF

  arts. 1º ao 5º, até inciso III, do Decreto n. 200/67
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Resolver 50 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com.br, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	CESPE
DISCIPLINA	ADMINISTRATIVO
ASSUNTO	3 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA **Observação:** Excluir o 3.9 Consórcios Públicos e 3.10 Entidades

	Paraestatais ou Terceiro Setor

OBSERVAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DA META

• O tema está no **TOP 3 DE INCIDÊNCIA** em provas de Direito Administrativo em Procuradorias.

• Há livros que tratam do tema de órgãos públicos, agências reguladoras e executivas em capítulo separado. A meta de hoje engloba todos esses temas. Veja a extensão na meta.

• A meta não engloba: Terceiro Setor, Convênios e Consórcios Públicos.

• Não precisa se preocupar com a Lei de Estatais nesta meta. Fazer a leitura somente do que for citado no material ou questões para compreensão de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

• O tema é, de todo modo, grande. Então, sugerimos a seguinte divisão de estudo:

Parte 1: Ler o material quase todo (mais da metade), acompanhando a leitura do material pela legislação que for sendo citada.

Parte 2: Ler o restante do material, a legislação e jurisprudência indicadas. Ao final, resolver as questões, revisando no material tudo que errar.

PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DE LEI SECA

LEI Nº 9.784/99

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - ÓRGÃO - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - ENTIDADE - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - AUTORIDADE - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a **União**, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição.

Art. 37. (...)

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;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica (federal) ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, **exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.**

§3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)**

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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 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.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e
indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **CONCESSÃO OU PERMISSÃO**, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

DECRETO N. 200/67

Art. 1º. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Art. 2º. O Presidente da República e os Ministros de Estado exercem as atribuições de sua competência constitucional, legal e regulamentar com o auxílio dos órgãos que compõem a Administração Federal.

Art. 4°. A Administração Federal compreende:

I - A **ADMINISTRAÇÃO DIRETA**, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A **ADMINISTRAÇÃO INDIRETA**, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

I - AUTARQUIA - o serviço autônomo, **criado por lei**, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - EMPRÊSA PÚBLICA - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Govêrno seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de **sociedade anônima**, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

O QUE VOCÊ DEVE SABER SOBRE O ASSUNTO

a) Órgãos Públicos:

• Os órgãos não têm patrimônio próprio.

• Os órgãos são centros de competência, cuja atuação é imputada a pessoa jurídica a que pertencem.

• Essa é a ideia da Teoria do Órgão, que é a teoria adotada no Brasil. Essa teoria relaciona-se com o ***funcionário de fato***, que é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade e, em nome da segurança jurídica, os atos por ele praticados não devem ser anulados, se por outra razão não forem viciados.

• Os órgãos públicos existem na Administração Direta e na Indireta.

Exemplo de órgão na administração direta: Ministério dos Transportes, órgão que integra a estrutura administrativa da União.

Exemplo de órgão na administração indireta: órgão dentro da ANVISA, autarquia federal. Nesse sentido, o art. 1.º, § 2.º, I, da Lei 9.784/1999 define órgão como "a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta".

Como caiu em prova:

CESPE, TRE/MT, 2015: Os órgãos públicos não têm personalidade jurídica e podem integrar tanto a estrutura da administração direta como a da administração indireta.

Certo.

• Podem firmar, por meio de seus administradores, contratos de desempenho (aquele que era chamado antes de contrato de gestão) com outros órgãos ou com pessoas jurídicas (CF, art. 37, § 8º). Veja a Lei n. 13.934/2019:

Art. 2º CONTRATO DE DESEMPENHO é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de

metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

§ 1º Meta de desempenho é o nível desejado de atividade ou resultado, estipulada de forma mensurável e objetiva para determinado período.

§ 2º Indicador de qualidade é o referencial utilizado para avaliar o desempenho do supervisionado.

§ 3º As flexibilidades e as autonomias especiais referidas no caput deste artigo podem compreender a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do supervisionado.

- A criação e extinção de órgãos públicos deve ser feita por lei. Não é exigida lei para tratar da organização e do funcionamento dos órgãos públicos, dado que tal matéria pode ser estabelecida por meio de decreto do chefe do Executivo (art. 84, VI, "a", da CRFB). Todavia, é necessário lei para criação e extinção dos órgãos públicos.

Risco de Pegadinha: As bancas costumam dizer que não é necessário lei para criação e extinção de órgãos públicos. Pretendem, com isso, confundir as hipóteses que podem ser tratadas via Decreto Autônomo.

Veja:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, **MEDIANTE DECRETO**, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal,	**QUANDO NÃO IMPLICAR:** · aumento de despesa · criação ou extinção de órgãos públicos
b) **extinção** de funções ou cargos públicos,	quando vagos.

Como caiu em prova:

CESPE, PCPB, 2009: Os órgãos públicos podem ser criados e extintos, livremente, por decreto do chefe do Poder Executivo.

Errado.

• Os órgãos não são dotados de personalidade jurídica própria. Em regra, os órgãos não podem demandar nem podem ser demandados em juízo. Entretanto, há exceções. São elas:

EXCEÇÃO 1	A **lei** pode conferir a órgãos personalidade judiciária **ampla e irrestrita**. Exemplos: Defensoria Pública e Ministério Público.
EXCEÇÃO 2	A **doutrina e jurisprudência** têm admitido a **personalidade judiciária especial** a determinados órgão, desde que presentes os seguintes requisitos: •ser órgão da cúpula da hierarquia administrativa e •estar na defesa de suas prerrogativas institucionais. **Súmula n. 525 do STJ**: A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

b) Classificação dos órgãos públicos:

CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS		
ESTRUTURA	**SIMPLES OU UNITÁRIO**	São constituídos por um só centro de competências. Eles não possuem subdivisões.
	COMPOSTOS	Os órgãos compostos reúnem em sua estrutura diversos órgãos. Ex: Ministérios e Secretarias.
ATUAÇÃO	**SINGULARES (SIMPLES)**	Também denominados unipessoais, são os órgãos em que a atuação ou as decisões são atribuição de um único agente, seu chefe e representante. Há doutrinadores que classificam os órgãos, quanto à atuação, em SIMPLES E COLEGIADOS, em vez de SINGULARES E COLEGIADOS.
		Também denominados pluripessoais, são

	COLEGIADOS	caracterizados por atuarem e decidirem mediante obrigatória manifestação conjunta de seus membros.
POSIÇÃO ESTATAL	**INDEPENDENTE**	Os órgãos independentes são aqueles diretamente previstos no texto constitucional. Suas atribuições são exercidas por agentes políticos. Ex: Presidência da República.
	AUTÔNOMO	Os órgãos autônomos localizam-se na cúpula da administração pública, um grau hierárquico abaixo dos órgãos independentes, e são subordinados diretamente à chefia destes. Entram nessa categoria os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, a AGU.
	SUPERIORES	São órgãos que possuem atribuições de direção, controle e decisão, mas que sempre estão sujeitos ao controle hierárquico de uma chefia mais alta.
	SUBALTERNOS	São todos os órgãos que exercem atribuições de mera execução, sempre subordinados a vários níveis hierárquicos superiores. Têm reduzido poder decisório.
FUNÇÃO EXERCIDA	**CONTROLE**	Fiscalizam e controlam a atividade de outros órgãos e agentes.
	ATIVO	Emanam decisões estatais para o cumprimento dos fins da pessoa jurídica.
	CONSULTIVO	Emanam pareceres para embasar a decisão dos órgãos ativos.

c) Desconcentração e Descentralização:

- A organização administrativa se efetiva por meio de duas técnicas: a desconcentração e a descentralização.

DESCONCENTRAÇÃO	Ligam-se pela **relação de hierarquia/subordinação.**	É a especialização de funções e competências dentro da mesma pessoa jurídica. Não há criação de nova pessoa jurídica. Essa distribuição interna de funções e competências se dá por meio da criação de órgãos públicos dentro da mesma pessoa jurídica. Desse modo, a desconcentração envolve uma só pessoa jurídica. Ex: A União, pessoa jurídica, cria Ministérios.
DESCENTRALIZAÇÃO	Ligam-se por uma **relação de vinculação**, controle ou tutela com o ente político que as criou.	É a distribuição de competências administrativas entre pessoas jurídicas distintas. Nesse caso, há criação de nova pessoa jurídica. Desse modo, a descentralização envolve mais de uma pessoa jurídica. Exemplo: O IBAMA é autarquia federal, criada por meio de lei, como descentralização da União Federal.

•Como têm personalidade jurídica, as entidades descentralizadas devem responder judicialmente por seus próprios atos. Lembre-se: órgãos públicos não são demandados em juízo. A ação deve ser ajuizada em face da pessoa jurídica da qual faz a parte o órgão público.

Como caiu em prova:

CESPE, TRT8, 2016: Existe relação de hierarquia entre a autarquia e o ministério que a supervisiona.

Errado.

CESPE, TER/GO, 2015: A descentralização é caracterizada pela distribuição de competência de forma externa, ou seja, de uma pessoa jurídica para outra criada para esse fim específico, o que resulta em uma relação hierárquica entre elas.

Errado.

(DES)CONCENTRAÇÃO X (DES)CENTRALIZAÇÃO	
CENTRALIZAÇÃO CONCENTRADA	uma única pessoa jurídica sem divisões internas.
CENTRALIZAÇÃO DESCONCENTRADA	uma única pessoa jurídica dividida internamente.
DESCENTRALIZAÇÃO CONCENTRADA	as competências são distribuídas a pessoas jurídicas que não dividem internamente as atribuições.
DESCENTRALIZAÇÃO DESCONCENTRADA	as competências são distribuídas a pessoas jurídicas que dividem internamente as atribuições.

FORMAS DE DESCENTRALIZAÇÃO	
DESCENTRALIZAÇÃO POR OUTORGA, POR SERVIÇOS, TÉCNICA OU FUNCIONAL	Ocorre quando o Estado cria uma entidade com personalidade jurídica própria e a ela transfere a titularidade e a execução de determinado serviço público.
DESCENTRALIZAÇÃO POR DELEGAÇÃO OU COLABORAÇÃO	Ocorre quando uma entidade política ou administrativa transfere, por contrato ou por ato unilateral, a execução de um serviço a uma pessoa jurídica de direito privado preexistente (delegatários de serviço público por concessão, permissão ou autorização).

DESCENTRALIZAÇÃO TERRITORIAL OU GEOGRÁFICA	Ocorre quando a União cria uma pessoa jurídica com limites territoriais determinados e competências administrativas genéricas – serão autarquias territoriais.

Como caiu em prova:

CESPE, TJSE, 2014: A descentralização por colaboração ocorre quando se transfere a execução de um serviço público a pessoa jurídica de direito privado já existente, conservando o poder público a titularidade desse serviço.

Certo.

d) Administração direta x Administração indireta:

<table>
<tr><th colspan="2">ADMINISTRAÇÃO DIRETA</th><th colspan="2">ADMINISTRAÇÃO INDIRETA</th></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Compreende os Entes federativos (União, Estados, DF e Municípios) e seus respectivos órgãos.</td><td colspan="2">A administração indireta é composta por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.</td></tr>
<tr><td>DIREITO PÚBLICO</td><td>DIREITO PRIVADO</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Autarquias
Fundações Públicas de Direito Público</td><td>Sociedade de Economia mista
Empresa Pública
Fundações Públicas de Direito Privado</td></tr>
</table>

•A criação das autarquias se dá diretamente pela lei. Não precisa inscrever os atos constitutivos no registro público competente.

•A criação das fundações públicas se dá diretamente pela lei. Veja que a CF diz que a criação de fundação é autorizada pela lei, dando a entender que seria necessário o registro público competente. A doutrina e jurisprudência entendem que essas fundações são as fundações públicas de direito privado, vez que as fundações públicas de direito público são espécies de autarquias fundacionais, sendo criadas por lei, tal como ocorre com as autarquias. No caso de cair a literalidade da CF, o aluno deve marcar a assertiva como correta.

Como caiu em prova:

CESPE, STF, 2013: As fundações de direito público somente podem ser criadas por lei, pois essa é a regra para o surgimento de pessoas jurídicas de direito público.

Certo.

CESPE, FUB, 2015: As fundações públicas, tanto as de direito público quanto as de direito privado, são necessariamente criadas por lei, devendo estar o patrimônio delas vinculado a um fim específico.

Errado.

•Nos casos das fundações públicas de direito privado, das sociedades de economia mista e das empresas públicas, a criação de tais entidades é autorizada por lei. Todavia, a criação da entidade, ou seja, a aquisição da personalidade jurídica ocorre quando o Poder Executivo elabora os atos constitutivos e providencia sua inscrição no registro público competente.

e) Autarquias:

AUTARQUIAS
• Criadas e extintas diretamente por lei específica.
• Pessoas jurídicas de direito público.
• Dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial.

- Nunca exercem atividade econômica. Exercício de “atividades típicas” de Estado.
- São imunes a impostos.
- Seus bens são públicos.
- O regime normal de vinculação é estatutário: Regime Jurídico Único (Artigo 39 da CF x ADI 2135).
- Possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública.
- Descentralização por outorga, por serviços, técnica e funcional. Há, portanto, transferência de titularidade.
- Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, **entidade autárquica** ou empresa pública federal forem interessadas na condição de **autoras, rés, assistentes ou oponentes**, **exceto** as de **falência**, as de **acidentes de trabalho** e as **sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.**

Como caiu em prova:

CESPE, PGECE, 2008: As autarquias são detentoras, em nome próprio, de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades.

Certo.

CESPE, AGU, 2013: As autarquias, que adquirem personalidade jurídica com a publicação da lei que as institui, são dispensadas do registro de seus atos constitutivos em cartório e possuem as prerrogativas especiais da fazenda pública, como os prazos em dobro para recorrer e a desnecessidade de anexar, nas ações judiciais, procuração do seu representante legal.

Certo.

- Os conselhos profissionais são, em regra, considerados autarquias profissionais ou corporativas. A OAB, por sua vez, é considerada um serviço público independente. Precedente: ADI 3026.

• Os conselhos profissionais exercem atividade tipicamente pública, têm poder arrecadatório e poder de polícia. Desse modo, gozam das prerrogativas processuais típicas da Fazenda Pública, com exceção da submissão ao regime de precatórios. Precedente: RE 938837.

• Os conselhos profissionais se submetem ao controle do Tribunal de Contas, devem fazer concurso público e devem adotar o Regime Jurídico Único, conforme entendimento do STF (pende ainda decisão definitiva. Todavia, o STF parece se posicionar pela necessidade de obediência ao RJU – Veja a Reclamação 19537).

Como caiu em prova:

CESPE, TCERN, 2015: Os conselhos profissionais, com exceção da OAB, têm personalidade jurídica de direito privado, detêm poder de polícia e gozam de imunidade tributária.

Errado.

CESPE, TJCE, 2018: Embora seja reconhecida a natureza autárquica dos conselhos de classe, em razão da natureza privada dos recursos que lhes são destinados, essas entidades não se submetem ao controle externo exercido pelo TCU.

Errado.

f) Fundações:

FUNDAÇÕES	
• Afetação de um acervo patrimonial a uma dada finalidade pública.	
• Nunca têm fins lucrativos.	
• São imunes a impostos.	
FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PÚBLICO	**FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO**
• Criadas e extintas diretamente por lei específica.	• Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente.
• Seus bens são públicos.	• Possuem bens privados, o que não afasta

	algumas prerrogativas de direito público.
• O regime normal de vinculação é estatutário. Regime Jurídico Único.	• Celetista.
• Possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública.	• Não possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública.
• Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar: I - as causas em que a União, **entidade autárquica** ou empresa pública federal forem interessadas na condição de **autoras, rés, assistentes ou oponentes**, **EXCETO** as de **falência**, as de **acidentes de trabalho** e as **sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.**	• Jurisprudência: Justiça Federal (CC 77/DF) • Doutrina: Ainda que tenham sua criação autorizada pela União, litigam na Justiça Estadual.

g) Agências Reguladoras e Executivas:

AGÊNCIAS REGULADORAS	AGÊNCIAS EXECUTIVAS
São autarquias sob regime especial.	São autarquias ou fundações públicas.
Denominação utilizada em leis administrativas.	É uma qualificação formal, por meio de **DECRETO**, para ampliação de autonomia.
Não há desqualificação.	São obrigatórios os seguintes requisitos: • Celebração de contrato de gestão. • Plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento.
Não existe a figura da "desqualificação" de agência reguladora.	Pode ocorrer a desqualificação da entidade, mediante decreto, caso ela descumpra no contrato de gestão.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Uma agência reguladora pode ser qualificada como agência executiva.	A desqualificação em nada afeta a natureza da entidade, que continua sendo autarquia ou fundação pública.

h) Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista:

EMPRESAS ESTATAIS	
EMPRESAS PÚBLICAS	**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**
• Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente.	•Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente.
	•O capital das sociedades de economia mista é formado por capital público e privado. Tanto as pessoas administrativas quanto os particulares podem participar da formação do capital. É fundamental, no entanto, que o controle acionário da entidade pertença ao Estado
• Pode adotar qualquer forma societária.	•Somente pode adotar a forma de sociedade anônima.
• Vínculo celetista.	•Vínculo celetista.
•Bem predominantemente privado, com modulações de direito público (Ex: alienação depende de exigências legais, vedação à penhora de bens necessários à continuidade dos serviços públicos).	•Bem predominantemente privado, com modulações de direito público (Ex: alienação depende de exigências legais, vedação à penhora de bens necessários à continuidade dos serviços públicos).

•Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou **empresa pública federal** forem interessadas na condição de **autoras, rés, assistentes ou oponentes**, **EXCETO** as de **falência**, as de **acidentes de trabalho** e as **sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.**	•Justiça Estadual, ainda que seja sociedade de economia mista federal.

Como caiu em prova:

CESPE, TJCE, 2014: As empresas públicas e as sociedades de economia mista são integrantes da administração indireta, independentemente de prestarem serviço público ou de exercerem atividade econômica de natureza empresarial.

Certo.

CESPE, TJCE, 2014: Exige-se lei específica para a criação de subsidiárias de empresas públicas e de sociedades de economia mista.

Errado.

CESPE, TJCE, 2014: A criação de empresa pública e de sociedade de economia mista depende de autorização legislativa, porém, o mesmo não ocorre às suas subsidiárias.

Errado.

i) Subsidiárias:

• São aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado.

• Dependem de autorização legislativa para a criação. Precedente: ADI 1.649.

• Sua criação não depende de lei específica. Isso porque podem ter sua criação autorizada na mesma lei que autorizou a criação da respectiva sociedade economia mista e empresa pública.

• Prevalece, na doutrina, que as subsidiárias não compõem a Administração Pública, vez que o Decreto 200/67 não as prevê em seu rol. No mínimo, pelo critério formal e legal, elas não integram a Administração Pública.

• A doutrina entende, majoritariamente, que é necessário concurso para admissão dos empregados das subsidiárias. Veja a Súmula 231 do TCU:

Súmula 231 do TCU: A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a administração indireta, nela compreendidas as autarquias, as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

COMPILADO JURISPRUDENCIAL

• **Súmula 525 do STJ:** A Câmara de vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

• O Tribunal de Justiça, mesmo não possuindo personalidade jurídica própria, detém legitimidade autônoma para ajuizar mandado de segurança contra ato do Governador do Estado em defesa de sua autonomia institucional. Ex: mandado de segurança contra ato do Governador que está atrasando o repasse dos duodécimos devidos ao Poder Judiciário. Precedente: MS 34483-MC/RJ (Info 848).

• **Súmula 556 do STF:** É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

• **Súmula 517 do STJ:** As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente.

• **Súmula Vinculante 27:** Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente nem opoente.

Observações sobre a Súmula Vinculante n. 27

1. Ainda que a decisão proferida no processo entre consumidor e concessionária telefônica possa alcançar a ANATEL, se não houver necessidade de litisconsórcio passivo necessário, a competência é da Justiça Estadual. "Ainda que o acolhimento do pleito do autor, ora recorrido, possa repercutir, em tese, jurídica ou economicamente, na relação mantida entre a concessionária e a Anatel — contrato de concessão, a exigir eventual ajuste nas bases da própria concessão, é certo que esta repercussão não decorre diretamente do resultado individual da presente lide e que o consumidor não mantém relação jurídica com a Anatel. Também não é da natureza da relação de consumo a participação direta de um ente fiscalizatório e normatizador. Precedente: RE 571.572

• É proibida a extinção, por ato unilateralmente editado pelo chefe do Poder Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente a expressa referência "sobre a competência ou a composição". Caso concreto: o Presidente da República editou o Decreto nº 9.759/2019 extinguindo uma série de colegiados existentes na Administração Pública federal. O art. 1º, § 2º deste Decreto previu que ficariam extintos os colegiados que sejam mencionados em lei, mas sem que esta tenha definido a competência ou a composição. O STF, em medida cautelar, declarou a inconstitucionalidade dessa previsão, considerando que a extinção desses colegiados mencionados em lei somente poderia ocorrer também mediante lei (e não por decreto). STF.

Plenário. ADI 6121 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12 e 13/6/2019 (Info 944). Fonte: Dizer o Direito.

• Não há violação do princípio da legalidade na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Precedente: AgRg no AREsp 825776/SC.

• As autarquias possuem autonomia administrativa, financeira e personalidade jurídica própria, distinta da entidade política à qual estão vinculadas, razão pela qual seus dirigentes têm legitimidade passiva para figurar como autoridades coatoras em Mandados de Segurança. Precedente: REsp 1262621/CE.

• A universidade federal, organizada sob o regime autárquico, não possui legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que visa à repetição de indébito de valores relativos à contribuição previdenciária por ela recolhidos e repassados à União. Precedente: AgInt no REsp 1608984/SP.

• O § 2º do art. 109 da CF/88 prevê que as causas propostas contra a União poderão ser ajuizadas na seção (ou subseção) judiciária: em que for domiciliado o autor; onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda; onde esteja situada a coisa; ou no Distrito Federal. Apesar de o dispositivo falar em "União", o STF entende que a regra de competência prevista no § 2º do art. 109 da CF/88 também se aplica às ações propostas contra autarquias federais. Isso porque o objetivo do legislador constituinte foi o de facilitar o acesso à justiça. Precedente: Info 755 do STF.

• É inconstitucional norma de Constituição Estadual que exija prévia arguição e aprovação da Assembleia Legislativa para que o Governador do Estado nomeie os dirigentes das autarquias e fundações públicas, os presidentes das empresas de economia mista e assemelhados, os

interventores de Municípios, bem como os titulares da Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral do Estado. Precedente: ADI 2167/RR (Info 980).

• As agências reguladoras podem editar normas e regulamentos no seu âmbito de atuação quando autorizadas por lei. REsp 1635889 – Fonte: Jurisprudência em teses

• É constitucional lei estadual que prevê que os dirigentes de determinada **agência reguladora** somente poderão ser nomeados após previamente aprovados pela assembleia legislativa. Por outro lado, é inconstitucional a lei estadual que estabelece que os dirigentes de agência reguladora somente poderão ser destituídos de seus cargos por decisão exclusiva da Assembleia Legislativa, sem qualquer participação do Governador do Estado. Essa previsão viola o princípio da separação dos poderes (at. 2º da CF/88). Precedente: ADI 1949/RS (Info 759).

• É constitucional o art. 7º, III e XV, da Lei nº 9.782/99, que preveem que compete à ANVISA: III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; Entendeu-se que tais normas consagram o poder normativo desta agência reguladora, sendo importante instrumento para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. Além disso, o STF, após empate na votação, manteve a validade da Resolução RDC 14/2012-ANVISA, que proíbe a comercialização no Brasil de cigarros com sabor e aroma. Esta parte do dispositivo não possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. Significa dizer que, provavelmente, as empresas continuarão ingressando com ações judiciais, em 1ª instância, alegando que a Resolução é inconstitucional e pedindo a liberação da comercialização dos cigarros com aroma. Os juízes e Tribunais estarão livres para, se assim entenderem, declararem inconstitucional a Resolução e autorizar a venda. Existem, inclusive, algumas decisões nesse sentido e que continuam valendo. Precedente: ADI 4874/DF (Info 889).

• A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. 2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie "contribuições de interesse das categorias profissionais", nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedente: ADI 4697.

• Por serem autarquias federais, os Conselhos Profissionais têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CF/88). Precedente: STF. MS 28469.

• Os Conselhos de Fiscalização Profissionais possuem natureza jurídica de autarquia, sujeitando-se, portanto, ao regime jurídico de direito público. Precedente: AgInt no REsp 1574059/RS.

• Os Conselhos Profissionais, apesar de sua natureza autárquica, não estão isentos do pagamento de custas judiciais, conforme previsão expressa do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.289/96. Assim, o benefício da isenção do preparo conferido aos entes públicos previstos no art. 4º, caput, da Lei 9.289/1996 é inaplicável aos Conselhos de Fiscalização Profissional. Precedente: STF. RMS 33572.

• Os Conselhos Federais de Fiscalização Profissional não podem propor ações de controle concentrado de constitucionalidade porque não estão no rol do art. 103 da CF/88, que é taxativo. Os conselhos de fiscalização profissional têm como função precípua o controle e a fiscalização do exercício das profissões regulamentadas, exercendo, portanto, poder de polícia, atividade típica de Estado, razão pela qual detêm personalidade jurídica de direito público, na forma de autarquias. **Sendo assim, tais conselhos não se ajustam à noção de entidade de classe, expressão que designa tão somente aquelas entidades vocacionadas à defesa dos interesses dos membros da respectiva categoria ou classe de profissionais.** Precedentes: ADC 34, ADPF 264.

• O art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da ACP) elencou o rol dos legitimados concorrentes para a propositura de ação civil pública, nos quais se incluem as autarquias, em cuja categoria estão os Conselhos profissionais. Precedente: REsp 1388792/SE.

• Como os Conselhos de Fiscalização Profissional têm natureza jurídica de autarquia, devem ser aplicados aos seus servidores os arts. 41 da CF/88 e 19 do ADCT, razão pela qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo. Assim, o servidor de órgão de fiscalização profissional não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo disciplinar. Precedente: RE 838648 e ADI 3026.

• Os Conselhos de Fiscalização Profissional são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional. Os Conselhos são dotados de poder de polícia e poder arrecadador. Precedente: MS 28469.

• Como os Conselhos Profissionais são autarquias exercendo uma atividade tipicamente pública (fiscalização do exercício profissional), precisam respeitar a regra do art. 37, II, da CF/88, que exige concurso público para a contratação de servidores. Assim, quando os Conselhos de Fiscalização Profissional vão fazer a contratação de seu pessoal é imprescindível a realização de concurso público. Precedente: STF. MS 28469.

• Os Conselhos de Fiscalização Profissional não possuem autorização para registrar os veículos de sua propriedade como oficiais. Precedente: AREsp 1029385-SP (Info 619).

• Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios. Precedente: RE 938837/SP (Info 861).

• É facultado aos técnicos de farmácia, regularmente inscritos no Conselho Regional de Farmácia, a assunção de responsabilidade técnica por drogaria, independentemente do preenchimento dos

requisitos previstos nos arts. 15, § 3º, da Lei nº 5.991/73, c/c o art. 28 do Decreto nº 74.170/74, entendimento que deve ser aplicado até a entrada em vigor da Lei nº 13.021/2014. Obs: após a Lei nº 13.021/2014 apenas farmacêuticos habilitados na forma da lei poderão atuar como responsáveis técnicos por farmácias com manipulação e drogarias. Precedente: REsp 1243994-MG, (recurso repetitivo) (Info 611).

• O ato do Conselho de Contabilidade que requisita dos contadores e dos técnicos os livros e fichas contábeis de seus clientes, a fim de promover a fiscalização da atividade contábil dos profissionais nele inscritos, não importa em ofensa aos princípios da privacidade e do sigilo profissional. Precedente: REsp 1420396-PR, (Info 612).

• É constitucional a expressão "privativas", contida no caput do art. 3º da Lei nº 8.234/91, que regulamenta a profissão de nutricionista, respeitado o âmbito de atuação profissional das demais profissões regulamentadas. Precedente: ADI 803/DF, (Info 879).

• O exercício da profissão de técnico ou treinador profissional de futebol não se restringe aos profissionais graduados em Educação Física, não havendo obrigatoriedade legal de registro junto ao respectivo Conselho Regional. Precedente: REsp 1650759-SP (Info 607).

•É inconstitucional o art. 64 da Lei nº 5.194/66, considerada a previsão de cancelamento automático, ante a inadimplência da anuidade por dois anos consecutivos, do registro em conselho profissional, sem prévia manifestação do profissional ou da pessoa jurídica, por violar o devido processo legal. Art. 64. Será automaticamente cancelado o registro do profissional ou da pessoa jurídica que deixar de efetuar o pagamento da anuidade, a que estiver sujeito, durante 2 (dois) anos consecutivos sem prejuízo da obrigatoriedade do pagamento da dívida. O dispositivo viola o livre exercício profissional (art. 5º, XIII, da CF/88), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV). Há ofensa também à Súmula 70 do STF, que considera inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. O conselho dispõe de meio legal

para receber os valores devidos, não sendo razoável o cancelamento automático do registro. Precedente: RE 808424, (repercussão geral – Tema 757).

• É possível que o chefe do Poder Executivo estadual convide, em consenso com a OAB, um representante da Ordem para integrar órgão da Administração. Isso é válido. No entanto, a lei não pode impor a presença de representante da OAB ("autarquia federal") em órgão da Administração Pública local. Precedente: ADI 4579/RJ, (Info 966).

• A anuidade cobrada pela OAB possui natureza tributária? Os Tribunais Superiores divergem sobre o tema: STJ: NÃO Os créditos decorrentes da relação jurídica travada entre a OAB e os advogados não compõem o erário e, consequentemente, não têm natureza tributária. STJ. 1ª Turma. REsp 1574642/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 16/02/2016. STF: SIM As anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizam-se como tributos da espécie contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do art. 149 da Constituição da República. STF. Plenário. RE 647885, Rel. Edson Fachin, julgado em 27/04/2020.

• O Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) prevê que o advogado que deixar de pagar as contribuições devidas à OAB (anuidades) pratica infração disciplinar (art. 34, XXIII, da Lei nº 8.906/94) e pode ser suspenso do exercício, ficando proibido de exercer a advocacia enquanto não pagar integralmente a dívida, com correção monetária (art. 37, § 2º). O STF entendeu que esses dispositivos são inconstitucionais porque representam medida desproporcional que caracteriza sanção política, além de ofender a livre iniciativa e a liberdade profissional. É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária. Precedemte: RE 647885, (Repercussão Geral – Tema 732) (Info 978).

• O exercício da atividade de treinador ou de instrutor de tênis não exige o registro no Conselho Regional de Educação Física. Precedente: AgInt no REsp 1767702-SP, (Info 677).

• Para o exercício de toda e qualquer profissão, é necessário que a pessoa se inscreva no respectivo Conselho Profissional (ex: o músico é obrigado a se inscrever na Ordem dos Músicos do Brasil)? NÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. Na verdade, a regra é a liberdade. Assim, apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional (exs: advogado, médico etc.). A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. Logo, para que o músico exerça sua profissão não é indispensável a sua prévia inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil. Precedente: RE 414426.

•Fundação pública com personalidade jurídica de direito privado pode adotar o regime celetista para contratação de seus empregados. Precedente: ADI 4247/RJ (Info 997).

•A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo poder público, podem se submeter ao regime jurídico de direito privado. Precedente: RE 716378/SP (Info 946).

• As fundações públicas de direito privado não fazem jus à isenção das custas processuais. A isenção das custas processuais somente se aplica para as entidades com personalidade de direito público. Dessa forma, para as Fundações Públicas receberem tratamento semelhante ao conferido aos entes da Administração Direta é necessário que tenham natureza jurídica de direito público, que se adquire no momento de sua criação, decorrente da própria lei. STJ. 4ª Turma. REsp 1409199-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/03/2020 (Info 676).

• Aplica-se a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/32 às empresas públicas e às sociedades de economia mista responsáveis pela prestação de serviços públicos próprios do Estado e que não exploram atividade econômica. Precedente: AgRg nos EDcl no REsp 1300567/PR.

• As empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos possuem legitimidade ativa ad causam para a propositura de pedido de suspensão, quando na defesa de interesse público primário. Precedente: AgInt no AREsp 916084/BA.

• É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Precedente: ADI 1.649.

• O STF estende a imunidade tributária recíproca às empresas públicas e às sociedades de economia mista, desde que prestadoras de serviço público. Tais entidades podem figurar como instrumentalidades das pessoas políticas, de modo a ocupar-se dos serviços públicos atribuídos aos entes federativos aos quais estariam vinculadas, franqueado o regime tributário próprio das autarquias e das fundações públicas. Precedente: RE 773992/BA.

• A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. Precedente: Info 919 do STF.

• Não se submetem ao regime de precatório as empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e autonomia administrativa que exerçam atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro. Precedente: RE 892727/DF (Info 910).

• A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação. Por outro lado, não se exige autorização legislativa para a alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CF/88, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade. Precedente: ADI 5624 MC-Ref/DF (Info 943).

• É inconstitucional norma da Constituição estadual que amplia a abrangência do art. 19 do ADCT da CF/88 e confere estabilidade para servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista que ingressaram sem concurso público até cinco anos antes da CF/88. Precedente: Info 759 do STF.

• É inconstitucional a exigência de que os dirigentes de entidades da administração indireta forneçam à ALE a declaração atualizada de seus bens e de suas ocupações para serem fiscalizados pelo Parlamento. Tal situação viola a separação de poderes. Precedente: Info 755 do STF.

• Não é possível a aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista, facultado o exercício do poder de polícia fiscalizatório. - Fonte: Jurisprudência em teses

• É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes: ADPF 387/PI.

• Não há necessidade dessa prévia e específica anuência para a criação e posterior alienação de ativos da empresa subsidiária, dentro de um elaborado plano de gestão de desinvestimento, voltado para garantir maiores investimentos e, consequentemente, maior eficiência e eficácia da empresa-mãe. Isso porque a inexistência de expressa proibição ou limitação de alienação societária em relação à autorização legislativa genérica para a criação de subsidiárias corresponde à concessão, pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo, de um importante instrumento de gestão empresarial, para garantir a eficiência e a eficácia da sociedade de economia mista no cumprimento de suas finalidades societárias. Portanto, na criação ou extinção de subsidiárias, o preceito maior de gestão empresarial que deve ser seguido é garantir a melhor atuação, eficiência e eficácia da empresa-mãe. Precedente: Rcl 42576 MC/DF, (Info 993). Fonte: Dizer o Direito.

• **Enunciado 8 do CJF:** O exercício da função social das empresas estatais é condicionado ao atendimento da sua finalidade pública específica e deve levar em conta os padrões de eficiência exigidos das sociedades empresárias atuantes no mercado, conforme delimitações e orientações dos §§ 1º a 3º do art. 27 da Lei 13.303/2016.

• **Enunciado 13 do CJF:** As empresas estatais são organizações públicas pela sua finalidade, portanto, submetem-se à aplicabilidade da Lei 12.527/2011 “Lei de Acesso à Informação”, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, inc. II, não cabendo a decretos e outras normas infralegais estabelecer outras restrições de acesso a informações não previstas na Lei.

• É desnecessária, em regra, lei específica para inclusão de sociedade de economia mista ou de empresa pública em programa de desestatização. Não se aplica o princípio do paralelismo das formas. Exceção: em alguns casos a lei que autorizou a criação da empresa estatal afirmou expressamente que seria necessária lei específica para sua extinção ou privatização. Nesses casos, obviamente, não é suficiente uma lei genérica (não basta a Lei nº 9.491/97), sendo necessária lei específica. Precedente: ADI 6241/DF, (Info 1004).

ponto a ponto
Estudo planejado

MATERIAL DE APOIO

ADMINISTRATIVO

Introdução e princípios

SUMÁRIO:

1. CONCEITO E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 3
2. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS 8
3. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO 10
4. FUNÇÕES ESTATAIS 12
5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 13
5.1. Noções de governo 13
5.2. Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito 13
5.3. Administração em sentido material e em sentido formal 14
5.3. Entidades Políticas e Entidades Administrativas 17
6. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO 18
6.1. Princípios bases do Direito Administrativo 18
6.2. Princípio da Legalidade 21
6.2.1. Juridicidade 22
6.3. Princípio da Impessoalidade 23
6.4. Princípio da Moralidade 25
6.5. Princípio da publicidade 31
6.6. Princípio da eficiência 35
6.7. Princípio da Isonomia 38
6.8. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade 40
6.9. Princípio da continuidade do serviço público 42

INTRODUÇÃO E PRINCÍPIOS

Revisado em 23.05.2021

Base do resumo:

Dizer o Direito[1]

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Rafael Oliveira

Ricardo Alexandre e João de Deus

Alexandre Mazza

Fernanda Marinela

Matheus Carvalho

Hely Lopes Meirelles

Diogo Figueiredo

Lucia Valle Figueiredo

1. CONCEITO E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é um dos ramos do **direito público**, uma vez que rege a organização e o exercício de atividades do Estado voltadas para a satisfação de **interesses públicos**.

Obs.: O Estado pode, também, figurar nas relações jurídicas despido de prerrogativas públicas (contrato de locação de imóvel particular, por exemplo).

Qual o objeto do Direito Administrativo?

- As **relações internas à Administração Pública** – entre os órgãos e entidades administrativas, uns com os outros, e entre a Administração e seus agentes, estatutários e celetistas;
- Todas as **relações entre a Administração e os administrados**, regidas pelo direito público ou privado,
- Bem como **atividades de Administração Pública em sentido material** exercidas por particulares sob o regime de direito público a exemplo da prestação de serviços mediante concessão e permissão.

1 CAVALCANTE. Márcio André Lopes. Dizer o direito. Extraído do sítio: http://www.dizerodireito.com.br/

O Direito Administrativo é restrito ao Poder Executivo?

NÃO. Embora a função administrativa seja típica do Poder Executivo, os outros poderes também praticam, de forma atípica, atos que, pela sua natureza, são objeto do Direito Administrativo. Em outras palavras, os Poderes Judiciário e Legislativos podem exercer atipicamente a função administrativa. Ex.: quando o Poder Judiciário remove o servidor de uma lotação para outra.

Conceito do Direito Administrativo:

A doutrina aponta alguns critérios utilizados para embasar o conceito de Direito Administrativo. São eles os principais:

Critério legalista (Escola Legalista):

Trata-se de uma proposta que atrela o Direito Administrativo ao estudo das normas administrativas em sentido amplo: leis, decretos e regulamentos. Porém, trata-se de um conceito muito abrangente, pois não é só o Direito Administrativo que estuda as leis. Além disso, esse critério descarta o papel importante que tem a jurisprudência e a doutrina na interpretação do Direito Administrativo.

Critério do Poder Executivo:

A doutrina que defende esse critério conceitua o Direito Administrativo como um ramo que trata das atividades do Poder Executivo, que tem a função administrativa como precípua. Contudo, com vimos acima, esse critério não leva em consideração que a função administrativa também é exercida de forma atípica pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Não bastasse isso, é certo que o Poder Executivo também exerce função de governo, e outras funções de forma atípica, que não são alvos do Direito Administrativo.

Como caiu em prova:

CESPE, TJ-CE, 2014: De acordo com o critério do Poder Executivo, o direito administrativo é conceituado como o conjunto de normas que regem as relações entre a administração e os administrados.

Errado, trata-se do critério das relações jurídicas.

Critério do Serviço Público (ou Escola do Serviço Público):

Cuida-se de um critério surgido na França com a escola do Serviço Público. Seus principais expoentes foram: Duguit e Bonnard.

Para essa escola o Direito Administrativo tem como objeto os serviços públicos prestados pelo Estado a toda coletividade.

É um critério restrito, pois é certo que a Administração Pública não atua somente na disciplina dos serviços públicos. Se olharmos o sentido amplo de "serviços públicos" acaba encaixando no conceito as atividades judiciárias, por exemplo; e, no sentido estrito, o Estado também trabalha com serviços púbicos exercidos parcialmente sob regime de direito privado, como exploração da atividade econômica.

Além disso, a Administração Pública pode exercer atividades que não se confundem com serviços públicos, como quando atua sob a égide do Poder de Polícia.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, AGU, 2009: Na França, formou-se a denominada Escola do Serviço Público, inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a qual a competência dos tribunais administrativos passou a ser fixada em função da execução de serviços públicos.

Certo.

Critério das relações jurídicas:

Visualiza o Direito Administrativo como um conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas entre a Administração e os administrados.

Porém, esse não é algo restrito ao citado ramo, sendo também afeto ao Direito Tributário e Direito Penal, por exemplo. Não bastasse isso, esse critério ainda deixa de fora as normas que regem as relações internas à Administração Pública.

Como caiu em prova:

TC-DF 2013 (CESPE): De acordo com o critério legalista, o direito administrativo compreende o conjunto de leis administrativas vigentes no país, ao passo que, consoante o critério das relações jurídicas, abrange o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre a administração pública e os administrados. Essa última definição é criticada por boa parte dos doutrinadores, que, embora não a considerem errada, julgam-na insuficiente para especificar esse ramo do direito, visto que esse tipo de relação entre administração pública e particulares, também se faz presente em outros ramos.

Certo.

Critério teleológico (ou finalístico):

Estuda a finalidade do Direito Administrativo. Em outras palavras, defende ser o Direito Administrativo um sistema formado por princípios jurídicos que disciplinam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-PR, 2012: Pelo critério teleológico, define-se o direito administrativo como o sistema dos princípios que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PGE-PE, 2019: De acordo com o critério teleológico, o direito administrativo é um conjunto de normas que regem as relações entre a administração e os administrados.

Errado.

Critério negativo ou residual:

O Direito Administrativo somente poderia ser conceituado por exclusão, isto é, seriam pertinentes ao Direito Administrativo as questões não pertencentes ao objeto de interesse de nenhum outro ramo jurídico.

Esse critério guarda relação com o teleológico, pois busca disciplinar, também, as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins públicos, porém, o critério negativo deixa claro a exclusão das atividades legislativa e jurisdicional, além das atividades patrimoniais (regidas pelo direito privado).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-CE, 2014: Consoante o critério negativo, o direito administrativo compreende as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, incluindo as atividades jurisdicionais, porém excluindo as atividades legislativas.

Errado.

Critério da Administração Pública

Dita que o Direito Administrativo corresponde ao conjunto de princípios e normas que regem a Administração Pública.

O Professor Hely Lopes Meirelles[2] traz um conceito bem completo do Direito Administrativo, sendo ele um "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado."

[2] MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29.ed., São Paulo, 2003.

2. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

O que é sistema administrativo?

É o regime adotado pelo Estado para o **controle dos atos administrativos** ilegais ou ilegítimos praticados pelo poder público nas diversas esferas e em todos os Poderes. São dois os sistemas existentes: inglês e francês.

SISTEMA INGLÊS (unicidade de jurisdição)	SISTMA FRANCÊS (dualidade de jurisdição)
Nesse sistema, todos os litígios administrativos podem ser levados ao Poder judiciário, único que dispõe de competência para dizer o direito aplicável aos casos litigiosos, de **forma definitiva**, fazendo-se a "coisa julgada". O sistema de unicidade de jurisdição não impede a realização do controle de legalidade dos atos administrativos pela própria administração pública que os tenha editado.	É aquele em que se veda o conhecimento pelo Poder Judiciário de atos da administração pública, ficando estes sujeitos à chamada **jurisdição especial do contencioso administrativo**, formada por tribunais de índole administrativa. Existe, nesse sistema, a **jurisdição administrativa** (formada pelos tribunais de natureza administrativa, com plena jurisdição em matéria administrativa) e a **jurisdição comum** (formada pelos órgãos do P. Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios).

O sistema de jurisdição única implica a vedação à existência de meios de solução de litígios em âmbito administrativo?

NÃO. Não é bem assim, a adoção do sistema de jurisdição única não implica essa vedação. Na verdade, o que se prega é que qualquer litígio, de qualquer natureza, inclusive os administrativos, pode ser levado ao judiciário. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em resumo, deve-se dizer apenas que é possível o controle judicial das decisões administrativas e que a jurisdição administrativa não dá a palavra final, ou seja, **não faz coisa julgada material**.

Qual sistema o Brasil adotou?

O sistema de jurisdição única, consagrado no denominado **princípio da inafastabilidade de jurisdição**, que se encontra expresso como **garantia individual**, ostentando ***status* de cláusula pétrea,** no inciso XXXV do art. 5º da CF.

CF, Art. 5º, inc. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

IMPORTANTE! Existem algumas hipóteses em nosso ordenamento jurídico nas quais se exige o exaurimento, ou a utilização inicial da via administrativa, como condição para acesso ao Poder Judiciário. Cite-se como exemplo expresso na CF:

CF Art. 217 (...) § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.
§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

Outrossim, o ato administrativo, ou a omissão da administração pública, que contrarie **súmula vinculante** só pode ser alvo de reclamação ao STF **depois de esgotadas as vias administrativas.**
É indispensável para caracterizar o **interesse de agir no *habeas data*** a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo. Sem que se configure situação prévia de pretensão, há carência da ação constitucional do *habeas data*".
Por fim, cite-se que, via de regra, é preciso que o segurado requeira seu benefício diretamente ao INSS, antes de partir para a via judicial. Isso é conhecido no meio previdenciário como "prévio requerimento administrativo".
Obs.: Excepcionalmente, o STF (RE 631240/MG) e o STJ (REsp 1369834-SP) reconhecem a possibilidade de se ajuizar ação pleiteando a concessão de benefício previdenciário sem requerimento. No julgado, foram resumidas três situações que permite o ajuizamento de ação previdenciária:

1) o interessado **requereu administrativamente** o benefício, mas este foi **negado pelo INSS** (total ou parcialmente);

2) o interessado **requereu administrativamente** o benefício, mas o INSS **não deu uma decisão em um prazo máximo de 45 dias**;

3) o interessado **não requereu administrativamente** o benefício, **mas é notório que, sobre esse tema, o INSS tem posição contrária ao pedido feito pelo segurado**.

3. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo não é codificado. Assim, sua regulamentação está prevista em leis dispersas.

São quatro as principais fontes do direito administrativo: a **lei,** a **jurisprudência,** a **doutrina** e os **costumes.**

Leis:

Fonte primordial do direito administrativo, base para o princípio da legalidade. Nesse conceito, incluem-se a Constituição Federal, as normas infraconstitucionais, e os atos normativos infralegais, expedidos pela Administração Pública, nos termos e limites das leis, os quais são de observância obrigatória pela própria administração.

Em que consiste o princípio da juridicidade?

Diogo Figueiredo[3] explica que o princípio da juridicidade possui três parâmetros distintos: **legalidade**, **legitimidade** e **moralidade**. Trata-se, pois, da enunciação do princípio da legalidade em termos amplos, a partir da constitucionalização do Direito Administrativo, formando-se o que da doutrina[4] refere-se como **"bloco de legalidade"**, não se o restringindo à mera submissão à lei estrita, mas à ordem jurídica.

Jurisprudência:

Representada pelas reiteradas decisões judiciais no mesmo sentido. É **fonte secundária** do direito administrativo, influenciando marcadamente a construção e a consolidação desse ramo do direito.

ATENÇÃO! As decisões proferidas pelo STF no âmbito do **controle abstrato** das normas, por serem vinculantes para toda a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como, pelo mesmo motivo, as **súmulas vinculantes** expedidas nos termos do art. 103-A da CF, **não podem ser consideradas meras fontes secundárias**, e sim **fontes principais**, uma vez que alteram diretamente nosso ordenamento jurídico positivo, estabelecendo condutas de observância obrigatória para toda a administração pública (e para o próprio P. Judiciário).[5]

Doutrina:

3 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014

4 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

5 ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direto Administrativo Descomplicado, 23 ed. São Paulo, Método, 2015

Entendida como o conjunto de teses, construções teóricas e formulações descritivas acerca do direito positivo, produzidas pelos estudiosos do direito, constitui **fonte secundária,** influenciando não só a elaboração das leis, como também o julgamento das lides de cunho administrativo. [6]

Costumes administrativos e sociais:

Os costumes administrativos (praxe administrativa) são as práticas reiteradamente observadas pelos agentes administrativos diante de determinada situação. A praxe administrativa, nos casos de lacuna normativa, funciona efetivamente como **fonte secundária** do direito administrativo, podendo gerar direitos aos administrados em razão dos princípios da lealdade, da boa-fé, da moralidade administrativa, entre outros.

Já os costumes sociais (conjunto de regras não escritas, porém observadas de modo uniforme pelo grupo social, que as considera obrigatórias) só têm importância como fonte do direito administrativo quando de alguma forma influenciam a produção legislativa ou a jurisprudência, ou seja, é **menos que uma fonte secundária**, quando muito é uma **fonte indireta.** [7]

6 ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direto Administrativo Descomplicado, 23 ed. São Paulo, Método, 2015

7 ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direto Administrativo Descomplicado, 23 ed. São Paulo, Método, 2015

4. FUNÇÕES ESTATAIS

O Estado brasileiro é uma **federação** (art. 1º, *caput*, e art. 18, ambos da CF), isso significa que, em nosso território nacional, coexistem diversos entes federativos com autonomia políticas, diversos entre si: União, Estados, DF e Municípios.

A **autonomia política** é traduzida pela capacidade de **auto-organização** (elaboração das próprias constituições ou leis orgânicas) e pela **possibilidade de legislar** (editar leis com fundamento em competências próprias atribuídas pela CF).

Por outro lado, o art. 2º da CF estabelece que são Poderes da República, **independentes** e **harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esse dispositivo enuncia o **Princípio da Separação dos Poderes**.

Essa separação é rígida?

Não. Cada poder detém uma função típica e funções atípicas.

	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
PODER EXECUTIVO	Exercício da Administração Pública em sentido amplo, é dar cumprimento às leis, aplicando o direito aos casos concretos não litigiosos.	Ao lado de sua função principal, cada um dos Poderes exerce, em caráter secundário, ou de forma atípica, as demais funções estatais.
PODER LEGISLATIVO	Editar atos normativos primários; e Controle externo de toda Administração Pública (controle político)	
PODER JUDICIÁRIO	Exercer a jurisdição. Função judicante.	

5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1. Noções de governo

Governo é um elemento do Estado. O governo é a cúpula diretiva (comando) do Estado que se organiza sob uma ordem jurídica por ele posta, a qual consiste no complexo de regras de direito baseadas e fundadas na Constituição Federal.

Em suma, a noção de **GOVERNO** está relacionada com a **FUNÇÃO POLÍTICA** de comando, de coordenação, de direção e de fixação de planos e diretrizes de atuação do Estado.

Governo e Administração Pública são conceitos sinônimos?

NÃO. O conceito de governo não se confunde com o conceito de Administração Pública em sentido estrito, que vem a ser, conforme veremos adiante, o aparelhamento de que dispõe o Estado para mera execução das políticas de governo, das políticas públicas estabelecidas no exercício da atividade política.

5.2. Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito

O que vem a ser Administração Pública?

O tema pode ser visto por vários enfoques, formal, material, amplo e estrito.

O conceito de Administração Pública, em síntese, pode assim ser resumido: é a **atividade administrativa** voltada para o bem de toda a coletividade, desenvolvida pelo Estado, **através de seus agentes e órgãos**, com a intenção de privilegiar a coisa pública e as necessidades do corpo coletivo.

DEVO LEMBRAR! Não obstante a função administrativa seja típica do Poder Executivo, o conceito de Administração Pública com ele não coincide, haja vista a possibilidade de atuação administrativa pelos demais Poderes do Estado, ainda que atipicamente.

A **Administração em sentido amplo** abrange os:

- Órgãos de **Governo**, que exercem **função política**, bem como
- Órgãos e **pessoas jurídicas que desempenham função meramente administrativa**.

Deve-se entender por **função política**, nesse contexto, o estabelecimento de diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação de governo, a fixação das denominadas políticas públicas.

Já a **função meramente administrativa** resume-se à **execução das políticas públicas** formuladas no exercício da referida atividade política.

Administração Pública em sentido estrito, por sua vez, só inclui os **órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa**, de execução dos programas de governo. Ficam excluídos, portanto, os órgãos políticos e as funções políticas, de elaboração das políticas públicas.

5.3. Administração em sentido material e em sentido formal

Administração pública em sentido material, objetivo ou funcional representa o **conjunto de atividades** que costumam ser consideradas **próprias da função administrativa**. Em outros termos, não se fala em órgão ou agente público, mas no desempenho concreto da função administrativa, voltada, direta ou indiretamente, à consecução do interesse público, desenvolvida sob regime predominantemente público.

Vejam, que o conceito enfoca mais na **atividade** da Administração Pública.

A doutrina aponta como próprias da Administração Pública em sentido material as seguintes atividades:

Serviço público (prestações concretas que representem, em si mesmas, diretamente, utilidades ou comodidades materiais para a população em geral, oferecidas pela administração pública formal ou por particulares delegatários, sob regime jurídico de direito público);
Polícia administrativa (restrições ou condicionamentos impostos ao exercício de atividades privadas em benefício do interesse público – ex.: fiscalização);
Fomento (incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por exemplo mediante a concessão de benefícios ou incentivos fiscais);
Intervenção (abrangendo toda intervenção do Estado no setor privado, exceto a sua atuação direta com o agente econômico; estão incluídas a intervenção na propriedade privada, a exemplo da desapropriação e do tombamento, e a intervenção no domínio econômico como agente normativo e regulador).

Como caiu em prova:

CESPE, PGM FORTALEZA, 2017: O exercício do poder de polícia reflete o sentido objetivo da administração pública, o qual se refere à própria atividade administrativa exercida pelo Estado.

Certo.

Assim, sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito, como o Banco do Brasil, **NÃO são consideradas administração pública em sentido material**.

Por outro lado, **as delegatárias de serviços públicos são consideradas administração pública em sentido material**.

Em **sentido subjetivo (também denominado formal ou orgânico)**, a expressão "Administração Pública" designa os **entes** que exercem as funções administrativas, compreendendo as **pessoas jurídicas**, os **órgãos** e os **agentes** incumbidos dessas funções.

Em outras palavras, é o **conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa**, independentemente do poder a que pertençam, se são pertencentes ao Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo ou a qualquer outro organismo estatal.

Como caiu em prova:

CESPE, TRF1 – ANALISTA, 2017: A administração pública, em seu sentido subjetivo, compreende o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas incumbidos de executar as atividades administrativas, distinguindo-se de seu sentido objetivo, que se relaciona ao exercício da própria atividade administrativa.

Certo.

CESPE, TRF1 – ANALISTA, 2017: O conceito de administração pública, em seu aspecto orgânico, designa a própria função administrativa que é exercida pelo Poder Executivo.

Errado.

Qual o critério adotado no Brasil?

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o Brasil adota o **critério formal de Administração Pública**. Portanto, somente é administração pública, juridicamente, aquilo que nosso direito assim considera, não importa a atividade que exerça. A administração pública, segundo nosso ordenamento, é composta exclusivamente:

a) Pelos órgãos integrantes da denominada administração direta; e

b) Pelas entidades da administração indireta.

Nesse sentido é o Decreto-Lei 200/67:

Art. 4° A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.
II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
a) Autarquias;
b) Emprêsas Públicas;
c) Sociedades de Economia Mista.
d) fundações públicas.

Assim, temos entidades formalmente integrantes da Administração Pública que não desempenham função administrativa, e sim atividade econômica, como ocorre com a maioria das empresas públicas e sociedades de economia mista (CF, art. 173).

Por outro lado, há entidades privadas, não integrantes da Administração Pública formal, que exercem atividades identificadas como próprias da função administrativa, a exemplo das concessionárias de serviços públicos e das organizações sociais, mas que **NÃO** são formalmente administração pública. Apesar da atividade exercida, essas entidades privadas, cabe repetir, não integram, a Administração Pública brasileira, justamente porque no Brasil é adotado o critério formal.

Resumindo: Como estamos tratando de uma acepção **formal**, **subjetiva**, deve-se perquirir tão somente **"quem"** o ordenamento jurídico considera Administração Pública, e não "o que" (critério objetivo, material) é realizado. Assim, é inadequado a menção a atividade quando se propõe uma definição formal, subjetiva, de administração pública.

Administração Pública externa ou extroversa e interna ou introversa:

Desse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que as funções enquadradas como **atividades-fim da administração**, por atenderem a interesses públicos primários, em direto benefício dos administrados, destinatários da atuação estatal, configuram a **Administração Pública externa ou extroversa**.

Em sentido oposto, as funções classificadas como **atividades-meio**, por atenderem interesse público de maneira apenas mediata e, de maneira imediata, satisfazerem os interesses institucionais da Administração, concernentes a seu pessoal, bens e serviços, configuram a **Administração Pública interna ou introversa.**

Como caiu em prova:

CESPE, TJ-TO, 2007: Enquanto a administração pública extroversa é finalística, dado que ela é atribuída especificamente a cada ente político, obedecendo a uma partilha constitucional de competências, a administração pública introversa é instrumental, visto que é atribuída genericamente a todos os entes, para que possam atingir aqueles objetivos.

Certo.

5.4. Entidades Políticas e Entidades Administrativas

ENTIDADES POLÍTICAS, PESSOAS POLÍTICAS, OU ENTES FEDERADOS	As entidades políticas são pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de diversas competências de natureza política, legislativa e administrativa, todas elas, é mister repetir, conferidas diretamente pela CF. No Brasil são pessoas políticas a União, os Estados, o DF e os Municípios. São os integrantes da federação brasileira, caracterizados por possuírem autonomia política.
ENTIDADES ADMINISTRATIVAS	São pessoas jurídicas que integram a administração pública formal brasileira, sem dispor de autonomia política. Entidades administrativas são pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, a saber, autarquias, fundações, EP e SEM.

6. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A própria Constituição Federal traz os princípios bases do Direito Administrativo: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (**L.I.M.P.E).**

CF, Art. 37, CF. 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:

Toda a Administração – Direta e Indireta – nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – da União, Estados, Municípios e Distrito Federal – está sujeita a esses princípios.

6.1. Princípios bases do Direito Administrativo

O denominado **"regime jurídico-administrativo"** é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e à atuação dos agentes administrativos em geral.

Baseia-se na ideia de existência de poderes especiais passíveis de ser exercidos pela administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma administração, não existentes – nem os poderes nem as restrições – nas relações típicas do direito privado. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da **supremacia do interesse público** e da **indisponibilidade do interesse público.**

Princípio da supremacia do interesse público:

Só está presente, como fundamento direto, nos **atos de império** do poder público, na atuação que decorra do **poder extroverso**, quando a Administração Pública unilateralmente cria obrigações para o administrado, ou impõe restrições e condicionamentos à prática de atividades privadas ou ao exercício de direitos pelos particulares. Em síntese, decorre da **verticalidade** nas relações Administração-particular**.**

Por esse princípio, a atuação do Administrador não deve visar ao interesse individual, mas sim da coletividade. Se assim não for, o agente público pode incorrer em desvio de finalidade.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, STM, 2011: Em situações em que a administração participa da economia, na qualidade de Estado-empresário, explorando atividade econômica em um mercado concorrencial, manifesta-se a preponderância do princípio da supremacia do interesse público.

Errado. Lembrar da verticalidade.

Não se trata de um princípio expresso na Constituição, embora possa ser extraído implicitamente de alguns dispositivos, como a possibilidade de requisição administrativa (art. 5º, XXV, da CF).

CESPE/CEBRASPE, MJSP, 2013: Os princípios fundamentais orientadores de toda a atividade da administração pública encontram-se explicitamente no texto da Constituição Federal, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público.

Errado.

IMPORTANTE! Não é a Administração Pública que determina a finalidade de sua própria atuação, mas sim a constituição e as leis. A Administração atua estritamente subordinada a lei, como simples gestora da coisa pública, como se verá nos comentários adiante sobre o princípio da legalidade.

São exemplos de manifestação da supremacia do interesse público: poder de polícia, cláusulas exorbitantes, desapropriação, requisição administrativa e etc.

Princípio da indisponibilidade do interesse público:

Manifesta-se integralmente em toda e qualquer atuação da Administração Pública.

Se por um lado a Administração possui poderes especiais e exorbitantes em relação aos particulares, por outro, ela sofre restrições em sua atuação, o que não existem para aqueles. Essas limitações decorrem do fato de que a Administração não é proprietária da coisa pública, mas sim o povo.

Nesse sentido, a doutrina enxerga o princípio da indisponibilidade como contrapeso do princípio da supremacia do Poder Público.

IMPORTANTE! Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, **a Administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei.**

São decorrência desse princípio a realização de concurso público, licitação e etc.

Os demais postulados administrativos usualmente enumerados pela doutrina representam, em variável medida, desdobramentos dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do

interesse público (pedras de toque do Direito Administrativo), por isso mesmo consagrados como os **pilares fundamentais do "regime jurídico-administrativo**".

Qual a diferença entre o interesse público primário e o interesse público secundário?

Segundo os autores Ricardo Alexandre e João de Deus, o **interesse público primário** é aquele relacionado à satisfação das **necessidades coletivas** (justiça, segurança, bem comum do grupo social etc.), perseguido pelo exercício das atividades-fim do Poder Público, enquanto o **interesse público sercundário** corresponde ao **interesse individual do próprio Estado**, estando relacionado à manutenção das receitas públicas e à defesa do patrimônio público, operacionalizadas mediante exercício de atividades-meio do Poder Público.

Quando o Estado age defendendo o aparelho estatal em uma relação jurídica qualquer, ele se equipara, nesse aspecto, a um particular, que tem o natural impulso de defender o seu patrimônio. Ele está na realidade defendendo um interesse público secundário. Nessas hipóteses, a busca da consecução do bem comum não é feita de maneira direta e imediata, e sim indireta e mediata, uma vez que o aparelho estatal não é um fim em si mesmo, mas deve servir como instrumento para que se atinja o interesse público primário (bem comum).

Seguindo esse raciocínio, podemos afirmar que, ao prestar os serviços públicos de saúde, educação e segurança, ao abrir e conservar estradas, ao instituir e manter um sistema de assistência social, ao garantir a justiça, o Estado estará perseguindo interesses públicos primários, que constituem sua própria razão de ser. Por sua vez, ao defender a posse de um bem que lhe pertence estará na persecução de interesses públicos meramente secundários.

Como caiu em prova:

FUNDATEC, PGE-RS, 2010: As prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado podem ser empregadas legitimamente para satisfazer os interesses secundários do Estado**.**

Errado.

MPE-MA (BANCA PRÓPRIA), 2014: O interesse público secundário desfruta de supremacia abstrata em face do interesse particular.

Errado.

6.2. Princípio da Legalidade

É indispensável para a existência de um Estado de Direito. Estado de direito é aquele politicamente organizado e que obedece às suas próprias leis.

O princípio da legalidade é o princípio base de qualquer ramo, mormente do Direito Administrativo. Na seara administrativa, pode-se dizer que do princípio da legalidade decorrem outros princípios: proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, finalidade.

A legalidade, no Direito Administrativo, deve ser observada por 2 enfoques diferentes, quais sejam:

1. **Legalidade para o direito privado:** Tudo é possível, salvo o que estiver vedado em lei. É aplicado o critério de "não contradição à lei". Vinculação negativa.
2. **Legalidade para o direito público**: O administrador público só pode fazer o que está autorizado na lei. Aqui, é aplicado o critério de "subordinação à lei". Vinculação positiva.

Ex.: Administrador concedeu aumento para servidores públicos através de decreto. Mas esse aumento só pode ser feito se estiver autorizado em lei.

Em relação aos particulares, o princípio da legalidade está consagrado no inciso II, artigo 5º, da CF, segundo o qual *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".*

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, MS, 2010: A administração pública possui como princípio basilar a legalidade, cuja expressão, em face da indisponibilidade do interesse público, ocorre pela necessária existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação do agente público.

Certo.

O nosso constituinte mencionou a legalidade em vários dispositivos, quais sejam: art.5º, II, CF; art.37, *caput*, CF; art.84, IV, CF; art.150, CF.

Princípio da legalidade é sinônimo do princípio da reserva de lei?

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

NÃO. O princípio da reserva de lei significa a escolha da espécie normativa. Seleciona-se uma matéria e dá-se a essa matéria a reserva de uma lei que pode regulá-la. A reserva legal determina que somente a lei, como espécie primária, pode inovar originariamente na ordem jurídica sobre determinado tema.

6.2.1. Juridicidade

Segundo a doutrina moderna o conceito de legalidade não está adstrito ao mero cumprimento da lei em sentido estrito. Há um entendimento de que a legalidade deve ser entendida em **sentido amplo**, ou seja, um controle de legalidade de um ato administrativo não é mais somente frente a lei estrita, mas sim em relação ao Direito, que envolve, também, princípios, atos infralegais, etc.

A Lei 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito federal, traz em seu art. 2º, parágrafo único, inc. I, que a legalidade é o "dever de atuação conforme a lei e o Direito".

Diogo Figueiredo[8] explica que o princípio da juridicidade possui três parâmetros distintos: **legalidade**, **legitimidade** e **moralidade**.

Trata-se, pois, da enunciação do princípio da legalidade em termos amplos, a partir da constitucionalização do Direito Administrativo, formando-se o que da doutrina[9] refere-se como **"bloco de legalidade"**, não se o restringindo à mera submissão à lei estrita, mas à ordem jurídica.

Como caiu em prova:

VUNESP, TJ-RS, 2019 (adaptada): Com a constitucionalização do Direito Administrativo, deve se compreender o princípio da legalidade sob a perspectiva da juridicidade, que representa o dever da Administração Pública se vincular ao conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que compõe o sistema.

Certo.

MPE-PR (BANCA PRÓPRIA), 2017: Numa leitura denominada de "juridicidade administrativa", para a validação da ação administrativa, não basta que seja esta formalmente conforme a lei, sendo necessário, também, que se apresente em conformidade com os princípios da Administração Pública.

Certo.

CESPE, PGM MANAUS, 2018: O princípio da juridicidade, por constituir uma nova compreensão da ideia de legalidade, acarretou o aumento do espaço de discricionariedade do administrador público.

Errado.

8 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014

9 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

6.3. Princípio da Impessoalidade

Impessoalidade significa que o administrador **não pode buscar interesses pessoais**. Ele precisa agir com ausência de subjetividade. Além disso, quando se pensa em um ato praticado pelo administrador, deve-se entender que o ato administrativo não é do agente, é do administrador, é impessoal, é da entidade a que o agente pertence. O ato é da pessoa jurídica.

Nos termos do art. 2º, parágrafo único, inc. III, da Lei 9.784/99, a impessoalidade cuida-se de uma obrigatória "objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades."

Existem dois exemplos expressos de exercício de impessoalidade na CF:

- Concurso público; e
- Licitação.

Outro viés do princípio da impessoalidade traduz a ideia de que o administrador tem que tratar a todos sem discriminações, benéficas ou detrimentosas; nem favoritismos nem perseguições são tolerados; simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atividade administrativa.

Em síntese, o princípio da impessoalidade pode ser analisado sob os seguintes enfoques.

Dever de tratamento isonômico a todos os administrados:

Por esse enfoque, o princípio da impessoalidade embarga tratamento desigual entre os administradores. Em outras palavras, significa que os critérios pessoais não podem ser tomados em conta para efeito de concessão de privilégios ou para discriminações. Cuida-se, em suma, de desdobramento do próprio princípio da igualdade, assegurando que o ato administrativo persiga interesse público e não pessoal

Imputação dos atos praticados pelos agentes públicos diretamente às pessoas jurídicas em que atuam:

Esse viés deriva do seguinte dispositivo da Constituição:

> **CF, Art. 37, § 1º.** A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Como caiu em prova:

TJ-BA 2005 (CESPE): De acordo com a Constituição da República, os atos dos -agentes públicos geram responsabilidade objetiva para o Estado e não para a pessoa deles próprios, a não ser na hipótese de o poder público comprovar a ocorrência de dolo ou culpa, em ação regressiva. Essa imputação dos atos do agente público ao Estado representa a concretização do princípio da impessoalidade, consoante uma de suas concepções teóricas.

Certo.

Busca da satisfação do interesse público:

Nesse viés, o princípio da impessoalidade pode ser estudado como uma aplicação do princípio da finalidade, pois o objetivo maior da Administração deve ser sempre a satisfação do interesse público.

IMPORTANTE! No RE 191668/RS o STF concluiu que a inclusão de slogan de partido político na publicidade dos atos governamentais ofende o §1º art. 37 da CF.

Como caiu em prova:

FCC, TJ-PA, 2009 (adaptada): O princípio da impessoalidade também é conhecido como princípio da finalidade.

Certo.

A impessoalidade e o princípio da intranscendência:

O princípio da intranscendência decorre diretamente da impessoalidade, sendo aplicado na jurisprudência do STF aos casos de sanções decorrente de atuações irregulares de governo. O cerne é a gestão nova não pode ser penalizada por ato decorrente da gestão anterior.

Assim, desde que se demonstre que o novo administrador está tomando todas as providências necessárias a sanar os prejuízos, o novo governo não pode sofrer sanção que atrapalhe a governabilidade.

(...) 1. O **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**, consagrado pela Corte Suprema, **inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres Públicos**. Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6.11.2014; ACO 1.612-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 12.02.2015. 2. É que, em casos como o presente, o propósito é de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave

e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. 3. A tomada de contas especial é medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União. Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6.11.2014; AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 20/03/2009. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ACO 1393 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.06.2015)

6.4. Princípio da Moralidade

Esse princípio traduz a ideia lealdade, de boa-fé, de coerência, correção de atitudes, de obediência a princípios éticos e a honestidade e probidade.

Apesar de reconhecer todas essas características, moralidade ainda representa um conceito vago, indeterminado, trazendo uma consequência para o Poder Judiciário, na medida em que o judiciário sempre aplica esse princípio juntamente com outro princípio.

Da Constituição Federal:

Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

(...)

Art. 14, § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

(...)

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:

ATENÇÃO! Moralidade administrativa não se confunde com moral comum:

Moralidade comum	Moralidade administrativa
Certo e errado nas regras de convívio social.	Ela é mais rigorosa e exigente do que a moralidade comum. Significa a correção de atitudes, somada à boa administração (a melhor administração possível). Respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro lealdade, honestidade, bom trato com a coisa pública.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPTE, TJ-BA, 2005: A moralidade administrativa possui conteúdo específico, que não coincide, necessariamente, com a moral comum da sociedade, em determinado momento histórico; não obstante, determinados comportamentos administrativos ofensivos à moral comum podem ensejar a invalidação do ato, por afronta concomitante à moralidade administrativa.

Certo.

Além disso, observe-se que o princípio deve ser respeitado não apenas pelos agentes públicos, mas também pelos **particulares** que se relacionam com a Administração Pública. Em um processo licitatório, por exemplo, é muito comum o conluio entre licitantes com o objetivo de violar o referido princípio, conforme ensina a professora Di Pietro.

Em virtude de o conceito de moral administrativa ser um pouco vago, impreciso, cuidou-se o legislador de criar a Lei 8.429/92, estabelecendo hipóteses que caracterizam **improbidades administrativas**, bem como estabelecendo as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis pela prática de atos coibidos pelo texto normativo.

Acerca do alcance dos termos “probidade” e “moralidade” destacam-se três correntes doutrinárias, abaixo sintetizadas:

1ª corrente:	2ª corrente:	3ª corrente:
A moralidade é um conceito mais amplo que o de probidade. A probidade seria um subprincípio da moralidade.	A probidade é um conceito mais amplo que o de moralidade. Isso porque a Lei n.º 8.429/92 prevê, como ato de improbidade administrativa, não apenas a	Moralidade e probidade seriam expressões equivalentes, considerando que a CF/88 menciona a moralidade como um princípio da Administração

	violação à moralidade, mas também aos demais princípios da Administração Pública, conforme previsto no art. 11 da referida Lei. Assim, todo ato imoral é um ato de improbidade administrativa, mas nem todo ato de improbidade administrativa significa violação ao princípio da moralidade.	Pública (art. 37, caput) e a improbidade como sendo a lesão produzida a esse mesmo princípio (art. 37, § 4º).
Posição de Wallace Paiva Martins Júnior.	Defendida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.	É sustentada por José dos Santos Carvalho Filho.

Tabela Dizer o Direito[10]

O melhor entendimento é o exposto pela **2ª corrente,** sendo possível dizer que a **probidade** é um **gênero**, sendo a **moralidade** uma de suas **espécies**. A improbidade administrativa vai além dos conceitos de desonestidade e imoralidade, conquanto também abarca os atos ilegais.

Súmula Vinculante nº 13 - Nepotismo no Brasil:

Quando pensamos na vedação do nepotismo no Brasil, deve-se inicialmente questionar: Parente pode ser nomeado para cargo público no Brasil?

A resposta deve atentar que se este parente prestou concurso, sim, ele pode ser nomeado. Mas, se não prestou concurso, não pode ser nomeado.

Mas o que vem a ser nepotismo?

Trata-se da nomeação de parentes do agente público para ocupar cargo de confiança como forma de favorecimento.

A vedação do nepotismo existiu desde muitos anos (vide lei 8.112/90). Mas as pessoas sempre ignoravam essa regra.

[10] CAVALCANTE. Márcio André Lopes. Dizer o direito. Extraído do sítio: http://www.dizerodireito.com.br/

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Como caiu em prova:

ESAF, AFT, 2006: A nomeação de um parente próximo para um cargo em comissão de livre nomeação e exoneração não afronta qualquer princípio da Administração Pública, desde que o nomeado preencha os requisitos estabelecidos em lei para o referido cargo.

Errado.

A partir da criação do CNJ e do CNMP, em 2004 (com a EC 45/04 – reforma do judiciário), começou-se a fortificar a vedação ao nepotismo, pois esses órgãos realizam controle administrativo do Judiciário e do MP. Um dos primeiros atos do CNJ (Resolução n. 07) proibiu o nepotismo em todo o poder judiciário. A resolução n. 01 do CNMP também falou sobre isso (Ler as resoluções se for fazer concurso no MP ou juiz). Os tribunais resistiram bravamente ao cumprimento da regra, dizendo que essa vedação deveria ser por lei, e não via resolução. Com essa resistência dos tribunais, muitos servidores foram exonerados.

A questão foi levada ao STF, na ADC nº 12, em que se discutia especificamente a resolução n. 07. Nessa oportunidade, o STF disse que a punição do nepotismo pela Resolução n. 07/CNJ era **constitucional**. Disse, ainda, que vedar o nepotismo no Brasil representava a aplicação de, pelo menos, quatro princípios: impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia. Afirmou-se, ademais, que era sim da competência do CNJ controlar o nepotismo, tendo em conta que, sendo um órgão de controle administrativo, ele poderia sim controlar pessoal dos demais órgãos. Por fim, o STF disse que o CNJ podia fazer sim esse controle via resolução, tendo em conta que, por não poder fazer lei, a resolução é o ato normativo que o CNJ tem para editar suas regras.

Súmula vinculante 13:

Súmula Vinculante nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Cargo em Comissão	Função Gratificada
Era antigamente chamado de cargo de confiança. A partir da CF/88 o nome passou a ser "cargo em comissão". Esse cargo é de livre nomeação e exoneração (exoneração "*ad nutum*") no Brasil.	Função no Brasil, hoje, só pode ser a função de confiança.
É baseado na confiança.	É baseada na confiança.
Serve para direção, chefia e assessoramento.	Serve para direção, chefia e assessoramento.
Qualquer pessoa pode exercer o cargo em comissão, ressalvado o limite mínimo de cargos que deve ser ocupado por servidores de carreira. Esse mínimo vai depender da lei.	Só pode ser exercida por quem já tem cargo efetivo. Cargo = atribuições + responsabilidade + posto (lugar no quadro da administração). Função = atribuições + responsabilidades. Ela não dá direito a um posto na administração. Por isso, só pode ser exercida por quem já possui cargo público. Então, a pessoa já tem cargo efetivo e ganha uma função de confiança, recebendo por isso uma remuneração correspondente ao cargo e outra remuneração correspondente à função, que, nesse caso, é uma "gratificação por função de confiança". Por isso se fala em função gratificada, que é a função de confiança. Então: Na função de confiança, o servidor tem: Cargo + função de confiança Atribuições + responsabilidade + cargo + atribuições +responsabilidade Remuneração + Gratificação

Assim, a pessoas nomeada e o nomeante não podem ser parentes na mesma pessoa jurídica, ou seja, nem do Executivo, nem do Legislativo e nem do Judiciário da mesma Pessoa Jurídica (União, Estados, Municípios ou DF).

Nepotismo cruzado:

Trata-se de uma modalidade de nepotismo ocasionado mediante designações recíprocas. Em outros termos, não se pode "trocar" os parentes. Exemplo, o parente B é nomeado no gabinete A, em troca desse favor, B nomeia um parente de A para seu gabinete.

O problema é que na prática é difícil fiscalizar esse controle.

De olho na jurisprudência:

- STF 2013, info 706: É inconstitucional lei estadual que excepciona a vedação da prática do nepotismo, permitindo que sejam nomeados para cargos em comissão ou funções gratificadas de até dois parentes das autoridades estaduais, além do cônjuge do governador.

- STF 2015, info 782: A Constituição do Estado do Espírito Santo prevê, em seu art. 32, VI, que é "vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil". Foi proposta uma ADI contra esta norma. O STF julgou a norma constitucional, mas decidiu dar interpretação conforme à Constituição, no sentido de o dispositivo ser válido somente quando incidir sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento. Em outras palavras, o STF afirmou que essa vedação não pode alcançar os servidores admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo, haja vista que isso poderia inibir o próprio provimento desses cargos, violando, dessa forma, o art. 37, I e II, da CF/88, que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público.

- O STF ressalvou que a proibição do nepotismo NÃO É EXTENSIVA a **agentes políticos** do Poder Executivo, como Ministros de Estado e Secretários estaduais, distritais ou municipais (RCL 6.650/PR)

- RCL 28.024/SP: 1. O Supremo Tribunal Federal tem **afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política**, **ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral**. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. (29/05/2018)

Essa proibição do nepotismo aplica-se aos cartórios e serventias extrajudiciais?

NÃO. Esses serviços são exercidos em caráter PRIVADO (art. 236 da CF). Sendo assim, não há neles a essência de um cargo ou emprego público, pelo contrário, os funcionários de cartórios são empregados PRIVADOS.

6.5. Princípio da publicidade

Publicidade significa conhecimento, ciência, divulgação. Se o administrador representa os interesses do povo, é justo que ele dê ciência ao titular do interesse sobre o que está sendo feito.

Em outros termos, é imprescindível que os administrados tenham plena e inequívoca ciência dos atos e demais práticas administravas deflagradas pelo Administrador, isso em decorrência do próprio princípio democrático.

A publicação de atos e contratos em órgãos oficiais é apenas um dos meios de se dar publicidade, que, por sua vez, também é garantida pela expedição de certidões e congêneres.

CF, Art. 5º,

XXXIII – Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal";

LXXII: conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo"

O princípio da publicidade engloba dois subprincípios do Direito Administrativo:

a) **princípio da transparência**: abriga o dever de prestar informações de interesse dos cidadãos e de não praticar condutas sigilosas;

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

b) **princípio da divulgação oficial**: exige a publicação do conteúdo dos atos praticados atentando-se para o meio de publicidade definido pelo ordenamento ou consagrado pela prática administrativa.

Toda informação de interesse particular ou coletivo deve, necessariamente, ser disponibilizada aos interessados?

NÃO. Cuidado coma as informações genéricas em prova. O próprio texto constitucional definiu três exceções ao princípio da publicidade, autorizando o sigilo nos casos de risco para:

a) **a segurança do Estado**. Exemplo: informações militares;

b) **a segurança da sociedade**. Exemplo: sigilo das informações sobre o interior de usina nuclear para evitar atentados terroristas;

c) informações pessoais relacionadas à **intimidade, vida privada, honra e imagem**. Exemplo: processos administrativos disciplinares.

Exceções ao princípio da publicidade:

1º) Art.5º, X, CF – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sob pena de ter que indenizar com dano moral e material decorrente da violação. Então, o administrador não irá fazer publicidade quando violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

2º) Art.5º, XXXIII, CF – Todos têm direito à informação, salvo quando colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado.

Ex.: Determinada região do país sofrerá um ataque terrorista. Uma pessoa decide ir até as forças armadas para obter informações sobre esse ataque. O Estado pode negar essas informações para proteger a segurança da sociedade e do Estado.

3º) Art.5º, LX, CF – Esse artigo fala a respeito dos atos processuais que correm em sigilo, na forma da lei.

ATENÇÃO! Isso também vale para atos processuais do processo administrativo.

Ex.: Suspeita-se que determinado médico cometeu um erro médico, vindo o paciente a falecer. O médico sofre um processo ético disciplinar. Suponha-se que uma pessoa precisa fazer uma cirurgia; obviamente, a pessoa nunca procurará esse médico que está sofrendo um processo ético. Por isso, na maioria desses processos éticos disciplinares, o processo corre em sigilo, para não prejudicar a carreira do médico. Ao final do processo ético, será dada a publicidade ao resultado dele.

Obs: Há divergência doutrinária no que diz respeito a essa lista. Para a maioria dos autores, as exceções estão nos 3 incisos acima. Mas, há uma corrente minoritária, defendida por Celso Antônio Bandeira de Melo, no sentido de que somente é exceção ao princípio da publicidade o art.5º, XXXIII, CF (questões de risco e segurança nacional).

Se pleiteio perante a Administração Pública informações que são de interesse pessoal, porém, relativas a terceiros, e esta não me concede, posso impetrar um habeas data?

NÃO. Atenção às nuances. A impetração de *habeas data* é cabível quando a informação for relativa ao próprio impetrante.

Requerimento de informações referentes à pessoa do requerente (informações particulares). **+** **Negativa da Administração Pública**	Deve-se impetrar um ***habeas data***, com fundamento no inc. LXXII art. 5º da CF.
Requerimento de informações que são de interesse pessoal, porém, referente a terceiros. **+** **Negativa da Administração Pública**	Deve-se impetrar um **Mandado de Segurança**, pois, nesse caso, houve a violação de direito líquido e certo.

Exemplo: pessoa quer comprar uma empresa e busca informações sobre esta empresa. Suponha-se que o órgão público negou as informações ao interessado. Nesse caso, é cabível o remédio constitucional do mandado de segurança. Não é *habeas data*, pois, como visto, este é remédio para obter informações **pessoais**. Nesse caso, há direito líquido e certo de informação (o que faz caber o MS), mas não são informações pessoais.

Exemplo sobre o princípio: Administração celebrou um contrato de merenda escolar e o administrador se esqueceu de publicar o contrato. No exemplo, este contrato é válido? A publicação é condição de validade ou de eficácia do ato?

Publicar o contrato é uma **condição de eficácia** dos atos administrativos. Conforme Hely, a publicidade não é elemento formativo do ato, mas sim requisito ou condição para eficácia e moralidade do ato.

Isso significa que o início de produção de efeitos ocorrerá com a publicação. Isso está no art.61, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Art. 61, Lei 8.666/93 - (...)

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

No exemplo de contrato de merenda escolar, suponha-se que o contrato estabeleceu um prazo de 30 dias para o início da entrega da merenda. Isso significa que esse prazo de 30 dias começa a ser contado a partir da publicação. Nesse sentido, publicidade também significa início de contagem de prazo.

Ademais, o conhecimento e a publicidade facilitam o controle e a fiscalização dos atos da administração.

O art. 31, §3º, da CF, diz que as contas municipais devem ficar à disposição da sociedade para controle e questionamento durante **60 dias ao ano**. Essa disponibilidade deve ser de forma acessível.

Como caiu em prova:

CESPE/CESBRASPE, PC-AL, 2012: O princípio da publicidade, no direito administrativo, relaciona-se à publicidade, diretamente ligada à eficácia do ato, bem como à transparência, derivada, por sua vez, do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Certo.

Por conta do princípio da publicidade, os salários dos servidores podem ser publicados na internet?

SIM. Esse o entendimento que prevaleceu no julgado abaixo transcrito:

É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. (...) A Corte destacou que o âmbito de proteção da privacidade do cidadão ficaria mitigado quando se tratasse de

agente público. O servidor público não poderia pretender usufruir da mesma privacidade que o cidadão comum. Esse princípio básico da Administração — publicidade — visaria à eficiência (STF. ARE 652777/SP, repercussão geral Tema 483, DJ-e 01.07.2015, INFO 782).

De olho na jurisprudência:

Info. 766/STF: É constitucional lei de iniciativa parlamentar que obriga o Poder Executivo a divulgar na imprensa oficial e *internet* a relação de obras de rodovias, portos e aeroportos. A Corte entendeu que não havia qualquer vício formal ou material na referida lei, considerando que (a lei) foi editada em atenção aos princípios da publicidade e da transparência, tendo por objetivo viabilizar a fiscalização das contas públicas.

Destaque-se, ainda, que, nos termos do art. 93, inc. IX, da CF, todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, entretanto, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e aos seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

ATENÇÃO! Alguns atos administrativos, a exemplo dos atos internos, podem ser divulgados nos boletins internos existentes no interior de vários órgãos e entidades administrativas. Por outro lado, os atos externos devem ser publicados em Diário Oficial, exceto se a lei estabelecer outra forma.

Publicidade x publicação:

Publicidade é muito mais amplo que publicação. A publicação é uma das formas/espécies de publicidade, como também é, por exemplo, publicar edital, mandar convite para convidados em licitação dessa modalidade, colocar o convite no ato da repartição, dar ciência pessoal, etc.

6.6. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência somente foi introduzido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 19 de 1998.

Segundo Mazza, “o princípio da eficiência foi um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal”.

A ideia de eficiência está intimamente relacionada com a necessidade de **efetivação célere das finalidades públicas** elencadas no ordenamento jurídico. Ex.: duração razoável dos processos judicial, contrato de gestão no interior da Administração e com as Organizações Sociais.

Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores prestigiados pelo princípio da eficiência.

Como caiu em prova:

ESAF, AUDITOR FISCAL DO TESOURO ESTADUAL, 2005: O princípio da eficiência não pode ser exigido enquanto não for editada a lei federal que deve defini-lo e estabelecer seus contornos.

Errado.

Antes disso não era cobrada a eficiência no serviço público?

Não é bem assim. Antes, era considerado um **princípio implícito**. Mesmo até a alteração da EC nº 19, já existia para o Estado o **dever de eficiência**. Esse era um princípio implícito na CF, mas era regra expressa na legislação infraconstitucional. Ex. Lei 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos – art.6º).

Art. 6º, Lei 8.987/95 - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Eficiência é agilidade, presteza, produtividade, economia do dinheiro público (gastar o menor valor e não desperdiçar).

O professor Diógenes Gasparini aduz que a economicidade busca a relação custo/benefício. Nesse sentido, o princípio da eficiência está relacionado diretamente com o princípio da economicidade, que impõe à Administração Pública a obrigatoriedade de praticar as atividades administrativas com observância da relação custo-benefício, de modo que os recursos públicos sejam utilizados de forma mais vantajosa e eficiente para o poder público.

Outrossim, esse princípio trouxe algumas alterações para o nosso ordenamento, juntamente com a Emenda Constitucional nº 19. Em 1998, o constituinte, além de inserir no *caput* do artigo 37 da CF o

princípio da eficiência, alterou alguns dispositivos da CF, com o objetivo de tornar a eficiência uma realidade. Foram as seguintes alterações:

a) **1ª Mudança pela EC nº 19/98** – ***Avaliação de desempenho como requisito para estabilidade do servidor:***

Foram alterados os dispositivos relacionados à estabilidade do servidor público, como foi feito no art. 41, da CF, para tornar o servidor um servidor mais eficiente.

CF, Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A partir da EC nº 19, o servidor passou a precisar de requisitos para adquirir estabilidade, notadamente, a **avaliação de desempenho**. Após passar no concurso, o aprovado precisa ser nomeado (nomeação para cargo efetivo, pressupondo a prévia aprovação em concurso) e exercer 3 anos de atividade. Além disso, o servidor precisará de avaliação especial de desempenho, com o propósito de efetivar o princípio da eficiência.

Em síntese, são requisitos para a aquisição da estabilidade no Brasil:

- Nomeação para cargo efetivo, pressupondo a prévia aprovação em concurso;
- Três anos de exercício;
- Avaliação especial de desempenho.

Obs.: Perda da estabilidade – Requisitos:

- Por processo administrativo, com contraditório e ampla defesa;
- Por processo judicial com trânsito em julgado;

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

- Via avaliação periódica de desempenho – Se o servidor não se mantiver eficiente, ele perderá a estabilidade. Isso tudo é com a finalidade de se atender à eficiência. Essa avaliação também depende de regulamentação da carreira, que ainda não foi feita.

A avaliação periódica já existia no Brasil antes da EC nº 19. Ocorre que ela era apenas formal, não sendo apta a levar o servidor à perda do cargo.

b) 2ª Mudança da EC nº 19 – Art.169, da CF – *Limite de despesas com pessoal*:

CF, Art. 169 - A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Para racionalizar a máquina administrativa, foi necessário cortar/reduzir os gastos com cargos em comissão e funções de confiança. A CF determinou a redução de, pelo menos, 20% com cargos em comissão e funções de confiança. Se isso não for suficiente, devem ser cortados os servidores não estáveis (serão exonerados quantos forem necessários para atender os limites de gastos. A escolha é de acordo com a desnecessidade do serviço). Em último caso, serão exonerados os servidores estáveis.

c) 3ª Alteração trazida pela EC nº 19: *Eficiência no serviço público*:

Para que um serviço público seja eficiente, ele deve ser eficiente quanto aos meios e quanto aos resultados. Eficiente é gastar o menor valor possível, obtendo-se o melhor resultado possível.

6.7. Princípio da Isonomia

Isonomia é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Embora este princípio não esteja no art. 37, *caput*, CF, ele também deve ser observado pela Administração Pública.

O problema desse princípio está em preencher o conceito – quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da sua desigualdade? Para se responder a essa pergunta, deve-se:

1) Pensar, em primeiro lugar, **qual é o fator de discriminação**.

2) Após, deve-se **verificar se este fator está ou não compatível com o objetivo da norma**. Se o fator de exclusão está compatível com o objetivo da norma ele não viola a isonomia. Se o fator de discriminação não estiver compatível com o objetivo da norma, ele viola a isonomia.

Ex1: determinado município decide fazer um concurso de salva-vidas. O edital diz que o deficiente físico de cadeira de rodas não pode prestar o concurso. Essa regra não viola o princípio da isonomia, pois o fator de discriminação está compatível com o objetivo da norma;

Ex2: Concurso de Polícia civil para função administrativa - O edital diz que o deficiente físico de cadeira de rodas não pode prestar o concurso. Essa regra viola o princípio da isonomia, pois o fator de discriminação não está compatível com o objetivo da norma – o deficiente de cadeira de rodas consegue desempenhar função administrativa perfeitamente;

Ex3: polícia feminina faz concurso. Homens não podem prestar o concurso. Essa regra não viola o princípio da isonomia, pois o fator de discriminação está compatível com o objetivo da norma;

ATENÇÃO! Segundo o STJ e o STF, para que esses requisitos de concurso público saiam no edital, eles precisam estar previstos na **lei da carreira** e, além disso, devem ser **compatíveis com a atribuição do cargo**. Por fim, o requisito deve estar previsto no edital. Cite-se alguns entendimentos nesse sentido:

Súmula n. 683 do STF: "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela **natureza das atribuições do cargo** a ser preenchido".
Súmula n. 684 do STF: É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.
STF: Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. RE 898.450, DJ-e de 31.05.217, Tema 838.

Exame psicotécnico:

Para que seja válido em concursos públicos, o exame psicotécnico deverá cumprir os seguintes requisitos:

a) o exame precisa estar **previsto em lei e no edital;**

b) deverão ser adotados **critérios objetivos no teste;**

c) deverá haver a possibilidade de o candidato prejudicado **apresentar recurso** contra o resultado**.**

Súmula Vinculante n. 44. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

A isonomia também é um grande vetor de atuação nas licitações públicas, que tem por finalidade a garantia da igualdade de participação nas contratações públicas, inclusive com incentivo a micro e pequenas empresas (arts. 3º e 5º da Lei 8.666/93).

6.8. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

No Direito Administrativo, esses dois princípios aparecem sempre juntos. Agir de forma razoável significa agir de forma lógica, com coerência, congruência, conforme os padrões do homem médio. Proíbem-se, aqui, os excessos e os despropósitos.

Embutido no princípio da razoabilidade encontra-se o princípio da proporcionalidade, que diz que se deve agir de forma equilibrada, com equilíbrio entre os benefícios e os prejuízos obtidos, entre os atos e as medidas inerentes a esses atos.

Ex.: instalar um lixão de frente para o mar – não é razoável, lógico.

Ex.: servidor que praticou infração leve. A pena de demissão não é proporcional. A sanção deveria ser leve também, como a advertência.

Razoabilidade e proporcionalidade são princípios implícitos na CF, derivam do princípio do **devido processo legal**, este sim previsto expressamente no inc. LIV art. 5º da CF.

Lado outro, são expressos na norma infraconstitucional, como se observa da lei 9.784/99, art. 2º.

Art. 2º, Lei 9.784 - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Como caiu em prova:

CESPE, TCU, 2010: Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão expressos no texto da CF.

Errado.

A professora Lucia Valle Figueiredo, na tentativa de distinguir a proporcionalidade da razoabilidade, informa que a proporcionalidade pressupõe a **adequação entre os atos e as necessidades**, ou seja, *"só se sacrificam interesses individuais em função dos interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública*[11]".

Nesse sentido, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são muito importantes para o Direito Administrativo, pois, hoje, entende-se que eles restringem a liberdade do administrador. Praticado um ato administrativo, o ato pode ser revisto pelo poder Judiciário e pela própria Administração.

O controle feito pelo Judiciário pode atingir qualquer ato administrativo (vinculado, discricionário); mas, esse controle, só pode ser um **controle de legalidade**. Hoje, no Brasil, o controle de legalidade é entendido como legalidade em sentido amplo (**juridicidade**), verificando a compatibilidade do ato com a CF (regras e princípios constitucionais) e com a lei.

Ex.: se um ato viola a proporcionalidade, ele pode sofrer controle de legalidade pelo judiciário.

O poder judiciário **não pode controlar o ato administrativo no que diz respeito ao seu mérito**, ou seja, sua liberdade, o juízo de valor feito pelo administrador.

Ex.: determinada Administração precisa construir uma escola e um hospital, mas só possui recursos para construir um dos dois, e decide construir o hospital. Nessa hipótese, o Judiciário não pode rever esse ato, pois se trata do mérito do ato administrativo.

Ex2: determinada administração precisa construir uma escola e um hospital. Mas só possui recursos para construir um deles. E decide construir uma praça. Isso viola a razoabilidade e a proporcionalidade. Então, o judiciário pode rever a decisão, fazendo um controle de princípio constitucional, um controle de legalidade em sentido amplo, pela juridicidade. Mas esse controle de legalidade vai atingir reflexamente o mérito do ato administrativo. Nesse caso, o administrador não tem mais qualquer liberdade; ele tem a liberdade razoável, a liberdade proporcional; há uma restrição à liberdade do administrador.

Por fim destaque-se que o princípio da proporcionalidade pode ser entendido também como **princípio da proibição do excesso**, conquanto o fim a que se destina é justamente limitar as ações administrativas que ultrapassem os limites adequados.

---

11 FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.

6.9. Princípio da continuidade do serviço público

O princípio em referência trata da ideia de que o serviço público deve ser prestado de maneira **contínua**, ou seja, se interrupção. A continuidade é uma das características do serviço público adequado, consoante se extrai do art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95:

> **§ 1º** Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Da mesma forma, a continuidade do serviço público consta da Lei nº 13.460/2017 (que dispõe sobre os direitos do usuário dos serviços públicos):

> **Art. 4º** Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, **continuidade**, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.

A regra, portanto, é a prestação de serviço público de forma ininterrupta. Contudo, há alguns casos que interferem nessa continuidade, como, por exemplo, o direito de greve.

Nesse ponto, qual entendimento predomina no tocante a possibilidade greve para os servidores públicos?

No ano de 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, o STF determinou que **fosse aplicada ao setor público temporariamente, até que a omissão legislativa fosse sanada, no que coubesse, a lei de greve vigente no setor privado (Lei 7.783/1989).**

O direito de greve é absoluto?

NÃO. Segundo entendimento do STF, ele deve ser relativizado em razão da índole de determinadas atividades públicas. Cite-se:

> Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. **Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança**

pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a **saúde pública** **não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve** (art. 142, § 3.º, IV) (Rcl 6568/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 21.05.2009).

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública (STF, ARE 654.432, DJE de 11-6-2018, Repercussão Geral Tema 541).

Desconto da remuneração pelos dias de paralisação:

A Administração Pública **deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos**, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. **O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do poder público** (RE 693.456, DJE de 19.10.2017, Repercussão Geral Tema 531).

CESPE, Juiz TJ/BA, 2019: Se os servidores estatutários de uma autarquia ambiental deflagrarem greve e pararem de trabalhar, a greve poderá ser declarada legal, porém a administração pública deverá, em regra, descontar da remuneração dos servidores os dias parados.

Certo.

É possível a interrupção da prestação de um serviço público?

De forma excepcional SIM. Apesar da obrigatoriedade de prestação contínua, é válido ressaltar que os serviços públicos podem sofrer paralisações ou suspensões, conforme previsto no §3º art. 6º da Lei 8.987/95:

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em **situação de emergência** ou **após prévio aviso**, quando:

I - motivada por **razões de ordem técnica ou de segurança das instalações**; e,

II - por **inadimplemento do usuário**, considerado o **interesse da coletividade**.

Então o inadimplemento do usuário pode ser causa de interrupção do serviço público?

SIM. Nos termos da lei é possível a interrupção do serviço público, desde que seja **previamente avisado**.

A doutrina defende que essa possibilidade de interrupção possui **interesse coletivo**, pois, a inadimplência de todos ou de boa parte da população pode acarretar na impossibilidade da própria prestação do serviço público. Sem falar no enriquecimento se causa do particular inadimplente, caso não haja a interrupção do serviço.

(...) 1. Nos termos da Lei n. 8.987/95, não se considera quebra na continuidade do serviço público a sua interrupção em **situação emergencial** ou **após prévio aviso quando motivada pelo inadimplemento do usuário**. Assim, inexiste qualquer ilegalidade ou afronta às disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor no corte do fornecimento de água ao usuário inadimplente. 2. Recurso especial improvido (STJ, REsp 596320 PR, julgado em 12.12.2006)

ATENÇÃO! Recentemente foi publica a Lei 14.015/2020 que alterou a Lei 8.987/95 e a Lei 13.460/2017 para dispor sobre a interrupção e a religação ou o restabelecimento de serviços públicos, evidenciando ainda mais a necessidade de aviso prévio.

A Lei 13.460/2017 traz em seu art. 5º as diretrizes para os agentes públicos e prestadores de serviços públicos na prestação de um serviço adequado. Dentre elas, a Lei 14.015/2020 constou a necessidade de comunicação prévia ao consumidor do desligamento do serviço:

Art. 5º, XVI – **comunicação prévia ao consumidor** de que o **serviço será desligado em virtude de inadimplemento**, bem como **do dia a partir do qual será realizado o desligamento**, **necessariamente durante horário comercial**. (Incluído pela Lei nº 1.4015, de 2020)

Parágrafo único. A **taxa de religação** de serviços **não será devida se houver descumprimento da exigência de notificação prévia ao consumidor** prevista no inciso XVI do caput deste artigo, o que ensejará a **aplicação de multa à concessionária**, conforme regulamentação. (Incluído pela Lei nº 1.4015, de 2020)

Veja que a Lei constou expressamente a possibilidade de a concessionária impor taxa de religação do serviço público suspendido. Contudo, essa taxa não será devida se a concessionária cortou o serviço sem prévia notificação, além de lhe ensejar a aplicação de multa por essa falta.

Além disso, foi constado expressamente como direito básico do usuário de serviços públicos a comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço:

Art. 6º, (...) VII – comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço. (Incluído pela Lei nº 1.4015, de 2020)

IMPORTANTE! A necessidade de prévio aviso é tanto para o corte decorrente de inadimplemento quanto para o decorrente de razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

É **legítima** a interrupção do fornecimento de energia elétrica **por razões de ordem técnica, de segurança das instalações**, ou ainda, em virtude do inadimplemento do usuário, quando houver o devido **aviso prévio** pela concessionária sobre o possível corte no fornecimento do serviço.
STJ. 1ª Turma. REsp 1270339/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 15/12/2016.

Como caiu em prova:

FCC, DPE-MA/DEFENSOR, 2015 (Adaptada): O corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, não depende de prévia notificação, por se tratar de situação de força maior.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT/JUIZ, 2014 (Adaptada): Não caracteriza violação ao princípio da continuidade a interrupção na prestação do serviço público por motivos de ordem técnica ou de segurança das instalações, sendo desnecessária, nesses casos, a notificação prévia do usuário.

Errado

É possível que a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo?

NÃO. Agora há previsão legal expressa que inviabiliza o corte tanto nesses dias citados quanto em feriado ou dia anterior a feriado.

Lei 13.460/2017, Art. 6º (...) Parágrafo único. É **vedada** a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário que **se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado.** (Incluído pela Lei nº 1.4015, de 2020)

Lei 8.987/95, Art. 6º (...) §4º. A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo (**por inadimplemento do usuário**) **não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado**. (Incluído pela Lei nº 1.4015, de 2020)

Serviços públicos essenciais x interrupção:

A posição doutrinária majoritária é pela possibilidade de corte em serviços essenciais, como regra, utilizando como fundamento o art. 6º, §3º, da Lei 8.987/95. Exemplo é o caso de corte de energia elétrica, que se trata de um bem essencial.

Para essa corrente, a justificativa do corte é a própria continuidade do serviço. Como visto, se a concessionária prestar serviços a usuários inadimplente ela não vai conseguir sobreviver muito tempo, afetando mais pessoas que dependem do serviço e são adimplentes, caso o serviço pare por completo.

Essa posição é adotada pelo STJ:

(...) "É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após o aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (STJ, REsp 363.943, Primeira Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 1º.03.2004).

OBS.: Há quem defenda a impossibilidade do corte com base no CDC. Contudo, o STJ já julgou no sentido de que a continuidade do serviço prevista no CDC não é princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da lei de concessão (Lei 8.987/95, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais o inadimplemento, a suspensão no seu fornecimento (STJ, REsp 898.769/RS, Primeira turma, Dje 12.04.2007).

Essa possibilidade de corte é absoluta?

NÃO. Essa possibilidade de interrupção não pode e **não deve ser absoluta**, pois existem serviços que são essenciais para a coletividade, como serviço público de saúde, por exemplo. Nesse sentido, percebe-se da jurisprudência a impossibilidade de corte de serviço, mesmo nas hipóteses autorizadas pela lei, quando **a sua ausência causar um prejuízo irreparável**, como, por exemplo, a prestação de serviços de energia elétrica a hospitais públicos, logradouros ou repartições públicas. Nessas hipóteses citadas, o entendimento é pela prevalência do serviço público em função do **princípio da supremacia do interesse público.** Nesse sentido:

A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade (STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 543.404/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12.02.2015).

A legitimidade do corte no fornecimento do serviço de telefonia quando inadimplentes entes públicos, **desde que a interrupção não atinja serviços públicos essenciais para a coletividade, tais como escolas, creches, delegacias e hospitais** (STJ. 1ª Turma. EDcl no REsp 1244385/BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 13.12.2016).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, DPE-PE, 2015: Segundo o entendimento jurisprudencial dominante no STJ relativo ao princípio da continuidade dos serviços públicos, não é legítimo, ainda que cumpridos os requisitos legais, o corte de fornecimento de serviços públicos essenciais, em caso de estar inadimplente pessoa jurídica de direito público prestadora de serviços indispensáveis à população.

Certo.

FGV, TJ-SC/ANALISTA JURÍDICO, 2018 (Adaptada): O Estado de Santa Catarina está em situação reiterada e atual de inadimplemento com a concessionária prestadora do serviço público de fornecimento de energia elétrica, no que tange ao pagamento das faturas mensais relativas a contas de luz de diversos prédios públicos.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o corte no fornecimento desse serviço essencial é legítimo, desde que seja precedido de notificação e que a interrupção não atinja unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população.

Certo.

FCC, DPE-MA/DEFENSOR, 2015 (Adaptada): É absolutamente vedada a interrupção na prestação de serviços públicos essenciais, quando o usuário é pessoa jurídica de direito público.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT/JUIZ, 2014 (Adaptada): O atendimento ao princípio da isonomia legitima a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência em escolas públicas municipais, desde que precedida de notificação prévia.

Errado

A análise de quais serviços podem ou não ser interrompidos é casuística, o aluno deve se atentar aos julgados do STJ, sobretudo.

Outro ponto importante é a contemporaneidade do débito. Prevalece no âmbito do STJ o entendimento de que é **ilegítimo** o corte de fornecimento de serviços públicos essenciais **quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos,** uma vez que a interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativo ao mês de consumo. Nesse sentido:

O corte de serviços essenciais, tais como água e energia elétrica, pressupõe o **inadimplemento de conta regular**, **sendo inviável, portanto, a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos** (STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 1320867/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08.06.2017).

Como caiu em prova:

FCC, DPE-MA/DEFENSOR, 2015 (Adaptada): A inadimplência do usuário por débitos pretéritos autoriza a interrupção na prestação do serviço público essencial, em vista do princípio que veda o enriquecimento sem causa do usuário em prejuízo da concessionária.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT/JUIZ, 2014 (Adaptada): Será ilegítimo o corte no fornecimento de serviço público essencial caso a inadimplência do usuário decorra de débitos pretéritos, isoladamente considerados, uma vez que a interrupção pressupõe o inadimplemento de conta relativa ao mês do consumo.

Certo.

A natureza de pagar a conta de energia elétrica é propter rem? Isto é, é possível cortar a energia elétrica por inadimplência de usuário anterior?

NÃO. O débito de energia elétrica (assim como o de água) é de **natureza pessoal**, não se vinculando ao imóvel (quando vincula é natureza *propter rem*). Desse modo, o consumidor não pode ser responsabilizado pelo pagamento de serviço de fornecimento de energia elétrica utilizado por outra pessoa. Nesse sentido:

É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior, em razão da natureza pessoal da dívida. (STJ, AgRg no AREsp 196374/SP,Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA,Julgado em 22.04.2014,DJE 06.05.2014

Como caiu em prova:

FCC, DPE-MA/DEFENSOR, 2015 (Adaptada) Por tratar-se de obrigação *propter rem*, é legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT/JUIZ, 2014 (Adaptada): É possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica e de água por falta de pagamento, ainda que a dívida se refira a consumo de usuário anterior do imóvel, visto que os débitos se sub-rogam na pessoa do adquirente.

Errado

Outros julgados do STJ sobre o tema:

Corte de **fornecimento de energia elétrica** para Município inadimplente em relação **iluminação pública**. Nessa hipótese, o STJ entendeu que **a iluminação pública é sim um serviço essencial à segurança da coletividade, razão pela qual não pode ser interrompido por inadimplemento** (STJ, AI 854430 AgR/RJ).

É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais **quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica**, **apurada unilateralmente pela concessionária**. AgRg no AREsp 346561/PE,Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 25.03.2014,DJE 01.04.2014

Na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por **fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor**, **desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa**, **é possível o corte administrativo do fornecimento do serviço de energia elétrica**, mediante **prévio aviso ao consumidor**, pelo **inadimplemento** do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação (STJ. 1ª Seção. REsp 1412433-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25.04.2018 - recurso repetitivo)

Por ser a interrupção no fornecimento de energia elétrica medida excepcional, o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 deve ser interpretado restritivamente, de forma a permitir que o corte recaia apenas sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outros imóveis de propriedade do inadimplente (STJ. 1ª Turma. REsp 662.214/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 06.02.2007).

Como caiu em prova:

FCC, DPE-MA/DEFENSOR, 2015 (Adaptada): É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT/JUIZ, 2014 (Adaptada): É legítimo o corte no fornecimento de energia elétrica caso o débito decorra de fraude no medidor de consumo de energia, mesmo que apurada unilateralmente pela concessionária, uma vez que, pela lei, ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza.

Errado.

Impossibilidade de alegação da exceção de contrato não cumprido em face da Administração Pública:

Em regra, o particular não pode interromper ou suspender a execução de serviços públicos que estejam sob a sua responsabilidade, mesmo que o contrato esteja sendo desrespeitado pela Administração, como acontece na falta dos pagamentos devidos. A impossibilidade de interrupção ou suspensão decorre da aplicação restrita da **exceção do contrato não cumprido** (“exceptio non adimpleti contratus”) nas relações jurídicas amparadas pelo regime jurídico-administrativo, já que este tem o objetivo de assegurar à Administração prerrogativas que facilitem a satisfação do interesse público. Somente em situações especiais, a exemplo de atraso nos pagamentos devidos por **prazo superior a 90 dias**, o particular poderá alegar a cláusula da exceção do contrato não cumprido em face da Administração (art. 78, XV, da Lei 8.666/93).

ATENÇÃO! É importante deixar claro que a impossibilidade de o particular alegar que a Administração não cumpriu a sua obrigação no contrato, para deixar de prestar o serviço público, **não é absoluta**.

ponto a ponto
Estudo planejado

MATERIAL DE APOIO

TRIBUTÁRIO

Tributo: conceito e espécie

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 3
2. CONCEITO DE TRIBUTO 6
3. CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS DOS TRIBUTOS 14
3.1 Quanto à discriminação das rendas por competências: federais, estaduais ou municipais 14
3.2 Quanto ao exercício da competência impositiva: privativos, comuns ou residuais 14
3.3 Quanto à finalidade: fiscais, extrafiscais e parafiscais 14
3.4 Quanto à hipótese de incidência: vinculados ou não vinculados 14
3.5 Quanto ao destino da arrecadação: arrecadação vinculada e arrecadação não vinculada 15
3.6 Quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro: diretos e indiretos 15
3.7 Quanto aos aspectos objetivos e subjetivos da hipótese de incidência: reais e pessoais 16
3.8 Quanto às bases econômicas – a classificação do CTN 16
4. TRIBUTOS EM ESPÉCIES 17
4.1 A determinação da natureza jurídica específica do tributo 17
5. IMPOSTOS 20
5.1 A criação de impostos 24
5.2 Os impostos e o princípio da capacidade contributiva 25
6. TAXAS 26
6.1 Taxa de polícia 27
6.2 Taxa de serviço público 28
6.3 A base de cálculo das taxas 31
6.4 Distinção entre Taxas e preços públicos 33
7. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA 37
7.1 O cálculo da contribuição de melhoria 40
8. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS 42
8.1 Competência, casos e forma de instituição. 42
8.2 Destinação da arrecadação 43
8.3 Restituição 43
9. AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS 45
9.1 Contribuições sociais 48
9.1.1 Contribuições de seguridade social e outras contribuições sociais 49
9.1.2 Contribuições sociais gerais 58
9.2 Contribuições de intervenção no domínio econômico/CIDE 61
9.3 Contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas – contribuições corporativas 63
9.3.1 Contribuição sindical constitui tributo? 63
9.3.2 Contribuições corporativas para o custeio das entidades de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas 65
9.4 A contribuição de iluminação pública/COSIP 65

TRIBUTO: CONCEITO E ESPÉCIE

Revisado em 13.04.2021

Base do resumo:

Ricardo Alexandre

Roberval Rocha

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Leandro Paulsen

Hugo de Brito Machado

Márcio André L. Cavalcante (Dizer o Direito)

1. INTRODUÇÃO

O direito tributário como ramo do direito público:

Os princípios fundamentais do regime jurídico público são:

- A supremacia do interesse público; e
- A indisponibilidade do interesse público.

Esses são os princípios bases do regime jurídico-administrativo do Estado.

No Direito Tributário, a relação jurídica é **verticalizada**, isto é, o Estado atua pelo poder de império ou extroverso. É justamente por isso que se considera um ramo do **direito público** e que a ele são aplicáveis os princípios fundamentais inerentes ao regime jurídico de direito público.

Atividade financeira do Estado:

Uma classificação básica da receita pública, que aprendemos no direito financeiro, é quanto à procedência, origem ou coercitividade, que podem ser: DERIVADA ou ORIGINÁRIA.

Receita pública originária:

É aquela que advém da exploração, pelo Estado, da **atividade econômica,** isto é, resulta da **exploração do patrimônio do Estado**.

É aquela que advém do próprio patrimônio do Estado, seja quando ele explora esse patrimônio, seja quando ele desempenha, de maneira excepcional, atividades econômicas, financeiras, industriais e comerciais.

Em suma, é o Estado atuando sob o regime de direito privado, na exploração da atividade econômica. Ex.: Contrato de aluguel em que o locatário é um particular e o locador o Estado, preço público etc.

Receita pública derivada:

A receita pública derivada é aquela que advém do **patrimônio do particular**, o Estado, agindo como tal, utiliza-se de suas prerrogativas de direito público, edita uma lei obrigando o particular que pratique determinados atos ou se ponha em certas situações a entregar valores aos cofres públicos, independentemente de sua vontade.

Justamente por isso, a receita derivada é **cogente, obrigatória, coercitiva ou compulsória** sendo auferida pelo Estado, que se investe em **poder de império,** sob um **regime de direito público.**

O recolhimento de tributos e multas tributárias, são exemplos de receita derivada.

Esquematizando:

ORIGINÁRIAS	DERIVADAS
Originam-se do patrimônio do Estado	Originam-se do patrimônio do particular
Predominantemente de direito privado	Predominantemente de direito público
O Estado explora seu próprio patrimônio	O Estado usa seu poder de império e obriga o particular a contribuir
Alugueis e receitas de empresas públicas e sociedades de economia mista	Tributos, multas e repartições de guerra

Finalidade do tributo:

Os tributos podem ter as seguintes finalidades: fiscal, extrafiscal e parafiscal.

Ensina Ricardo Alexandre, que existem tributos cuja finalidade principal é **fiscal**, ou seja, arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos.

Há tributos, contudo, que tem por finalidade precípua intervir numa situação social ou econômica. É o que se chama de finalidade **extrafiscal**.

Já a finalidade **parafiscal** se caracteriza no fato de a lei tributária nomear **sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu,** atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos arrecadados para o implemento de seus objetivos.

Obs.: É possível concluir, portanto, que, na **parafiscalidade**, o objetivo da cobrança do tributo é ARRECADAR, **mas o produto da arrecadação é destinado a ente diverso daquele que institui a exação.** Ricardo Alexandre afirma que, atualmente, o fenômeno da parafiscalidade somente se caracteriza pelo **destino do produto da arrecadação a pessoa diversa da competente para a criação do tributo**.

IMPORTANTE! Em concursos públicos têm se adotado o entendimento clássico, considerando corretas as afirmativas que incluem como elemento do conceito de parafiscalidade a delegação da capacidade tributária ativa. Quando a DELEGAÇÃO (capacidade tributária ativa) está presente existe a parafiscalidade. Mas fiquem atentos quanto ao conceito moderno de destinação do produto da arrecadação a pessoa diversa da competente. **Ex.:** Hoje, o INSS não mais exerce a capacidade tributária ativa, mas apenas obtêm o produto arrecadado pela União (receita federal) das contribuições para a seguridade social.

2. CONCEITO E NATUREZA DO TRIBUTO

Conceito de tributo:

Para concurso é muito mais produtivo focar no conceito de tributo trazido no art. 3º, do CTN:

Art. 3º: Tributo é

- toda **prestação pecuniária compulsória;**

- em **moeda** ou cujo **valor nela se possa exprimir;**

- que **não constitua sanção de ato ilícito;**

- instituída em lei e

- cobrada mediante **atividade administrativa plenamente vinculada.**

a) Prestação pecuniária, em moeda ou cujo o valor nela se possa exprimir:

Primeiramente, **prestação** significa o **objeto principal** de uma relação jurídica entre o credor e o devedor, sendo aquilo que o credor deve fazer ou deixar de fazer em favor do devedor. No direito tributário a prestação principal é em pecúnia, ou seja, em **dinheiro**.

Prestação pecuniária é a expressa em moeda, dinheiro. O que isso quer dizer? Que não pode haver tributo que exija, como forma de quitação, pagamento *in nautra* (animais, por exemplo) ou em serviços.

Isso é absoluto? Quer dizer, é possível a entrega de outras utilidades que possam ser expressas em moedas?

O CTN permite a quitação de créditos tributários mediante a entrega de outras utilidades que possam ser **expressas em moedas**, **desde que tais hipóteses estejam previstas no próprio texto do código**, que no seu art. 141 afirma que o crédito tributário somente se extingue nas hipóteses nele previstas. A título de exemplo, o art. 162 do CTN possibilita que o pagamento do tributo seja efetuado com cheque ou vale postal e, nos casos previstos em lei, em estampilha ou em papel selado.

Dação em pagamento de bens imóveis:

O art. 156, XI, do CTN permite o pagamento de tributo mediante entrega de bens **imóveis**, quando estabelece a "dação em pagamento de bens imóveis" como causa extintiva do crédito tributário, hipótese plenamente compatível com o art. 3º do CTN, pois o próprio dispositivo oferece a alternativa

"ou cujo valor nela (na moeda) se possa exprimir". Mas lembre-se, essa hipótese excepcional de pagamento por imóveis só é possível por estar prevista em lei que autorizal

É possível novas hipóteses de extinção do crédito tributário por lei ordinária local?

SIM. O STF, no recente julgamento da ADI 2.405-MC, afirmou ser possível a criação de novas hipóteses de extinção do crédito tributário **na via de lei ordinária local.** Os principais fundamentos para o julgado foram os seguintes:

- O **pacto federativo**, que permite ao ente estipular a possibilidade de receber algo de seu interesse para quitar o crédito de que é titular;
- A diretriz interpretativa segundo a qual **"quem pode o mais pode o menos"**, uma vez que se o ente pode até perdoar o que lhe é devido, mediante a edição de lei concessiva de remissão (o mais), pode, também, autorizar que a extinção do crédito seja feita de uma forma não prevista no CTN (o menos).

Assim, partindo dessa ideia, e considerando também que as modalidades de extinção do crédito tributário estabelecidas pelo CTN (art. 156) **não formam um rol exaustivo,** o STF firmou a possibilidade de previsão em lei estadual de outra espécie de extinção do crédito tributário, não havendo reserva de lei complementar.

(...) **a Constituição Federal não reservou à lei complementar o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários**, a exceção da prescrição e decadência, previstos no art. 146, III, b, da CF. (...) A partir dessa ideia, e considerando também que as modalidades de extinção de crédito tributário, estabelecidas pelo CTN (art. 156), **não formam um rol exaustivo**, tem-se a **possibilidade de previsão em lei estadual de extinção do credito por dação em pagamento de bens moveis**. (STF, ADI 2.405, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20.9.2019, P, DJE de 3.10.2019.)

Obs.: Já houve posicionamento do STF (ADI 1.917 DF) que suspendeu a eficácia de lei ordinária que autorizava a dação em pagamento de bens móveis. No entanto, no próprio julgamento da ADI 2405 RS o Min. Rel. Alexandre de Moraes fez um "distinguishing" em relação à ADI 1.917 DF. Nesta ação, o STF entendeu que a dação em pagamento de bens móveis acabaria por desrespeitar o procedimento licitatório e as regras para aquisição de bens pela Administração Pública pelas especificidades do caso apresentado. Isso porque a lei distrital impugnada tratava sobre pagamento de débitos das

microempresas, das empresas de médio e pequeno porte, mediante dação em pagamento em **materiais destinados a atender programas do Governo do Distrito Federal.** Quer dizer, não se trata de uma disciplina da dação em pagamento no âmbito de uma dada unidade federada, mas de uma lei com forte caráter casuístico.

Portanto, não há incongruência entre o entendimento lançado na ADI 2405 RS com o firmado no julgamento definitivo da ADI 1.917 DF.

Resumindo as informações:

a) O rol de causas de extinção do crédito do CTN é **NÃO exaustivo**;

b) Os entes federados **podem sim criar por lei local novas hipóteses extintivas do crédito tributário**;

c) Assim, **é válida previsão em lei estadual de extinção do credito por dação em pagamento de bens moveis**;

d) A Constituição Federal **não reservou à lei complementar** o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários

b) Tributo é toda prestação pecuniária compulsória

Essa prestação pecuniária é dada ao Estado de forma **compulsória**, e não voluntária, como visto no tópico acima, trata-se de uma **receita derivada**, derivada do Poder de império do Estado.

O dever de pagar o tributo é **imposto pela lei,** sendo irrelevante a vontade das partes**.** Somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (Art. 5º, II, CF).

Em se tratando de obrigação tributária, a lei é fonte direta e imediata, de forma que seu nascimento independe da vontade e até do conhecimento do sujeito passivo. A regra, (sem exceção) é a **compulsoriedade** e não a voluntariedade.

Como caiu em prova:

NC-UFPR, TJ-PR, 2019 (Adaptada): O tributo é uma prestação compulsória, pois, quando houver a ocorrência ao fato gerador, aquele que o praticou será obrigado, independentemente de sua vontade, ao pagamento do tributo devido.

Certo.

c) Que não constitua sanção por ato ilícito

É exatamente neste ponto que reside a **diferença entre tributo e multa**.

Apesar de **ambos serem receitas derivadas**, e constituírem prestação pecuniária compulsória, a multa é cobrada em virtude de o indivíduo ter praticado um ato ilícito, possuindo um caráter de sanção, justamente o que tributo não pode ser. Ex.: se determinada empresa deixar de pagar o IPI no prazo legal, surgirá o fato gerador da multa decorrente desse atraso no pagamento.

Como caiu em prova:

NC-UFPR, TJ-PR, 2019 (Adaptada): O tributo, ainda que não constitua sanção decorrente de ato ilícito, em certos casos, também pode ser identificado como uma penalidade ou multa.

Errado.

IMPORTANTE! Segundo Ricardo Alexandre, o dever de pagar tributo surge com a ocorrência no mundo concreto, de uma hipótese abstratamente prevista em lei. Portanto, se alguém obtém disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos, passa a ser devedor de IR, mesmo se esses rendimentos forem oriundos de um ato ilícito, ou até criminoso, como a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecente e etc. A cobrança ocorre porque o fato gerador (obtenção de rendimentos) aconteceu e deve ser interpretado abstraindo-se da validade jurídica dos atos praticados.

Em que consiste a "pecúnia non olet"?

Como visto acima, embora o fato gerador **não possa ser um ilícito** (mesmo porque matar, roubar, sonegar, não constituem hipótese de incidência), se seus **efeitos** ou **objeto** corresponderem a fatos geradores, **serão tributados**.

O **STF**, ao julgar um caso sobre tráfico ilícito de entorpecentes, entendeu que, antes de ser agressiva à moralidade, a tributação do resultado econômico de tais atividades é decorrência da isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética. Essa possibilidade é conhecida na doutrina como princípio do *pecunia non olet* (dinheiro não cheira).

Em resumo, não se paga tributo como punição, pelo contrário, **o fato gerador do tributo é sempre lícito, embora possa derivar de uma causa ilícita** (**princípio do *pecunia non olet***)

Como caiu em prova:

MPE-GO/PROMOTOR, 2016: A legislação tributária brasileira não acolheu os postulados da cláusula *pecunia non olet*.

Errado.

MPE-GO/PROMOTOR, 2016: Com base no princípio da isonomia tributária, e tendo como fato gerador a propriedade de bem imóvel, seria lícita, por exemplo, a cobrança de tributo de proprietário de bem imóvel localizado ilegalmente em área de preservação ambiental.

Certo.

PGE-MS (BANCA PRÓPRIA), 2014: O Código Tributário Nacional dispõe que tributo é toda prestação pecuniária, compulsória e que não constitua sanção de ato ilícito. Todavia, esse conceito legal não exclui a aplicação da cláusula *pecunia non olet* ao direito tributário, que é sustentada pelo princípio da isonomia tributária. Dessa forma, se o contribuinte praticar atividades ilícitas com consistência econômica, deverá pagar o tributo sobre o lucro obtido para não ser agraciado com tratamento desigual frente àqueles que sofrem a incidência tributária sobre os ganhos provenientes do trabalho honesto ou da propriedade legítima.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PGE-PE, 2018: Considerando-se o que dispõe o CTN, é correto afirmar que, como regra geral, os tributos podem incidir sobre bens e rendimentos decorrentes de atos ilícitos, embora não possam ser utilizados como sanção.

Certo.

Correlação entre a proibição de tributo de caráter sancionatório e o princípio que proíbe a instituição de tributo com efeito de confisco:

A CF prevê a possibilidade de que a lei, regulando a individualização da pena, adote a **perda de bens**. Trata-se de formal autorização para a existência de confisco no Brasil, mas tão somente como punição. Considerando que o tributo não pode se constituir em sanção por ato ilícito e que o confisco somente é admitido no Brasil como pena, há de se concluir que o tributo não pode ter o caráter confiscatório, justamente para não se transformar numa sanção por ato ilícito.

d) Prestação instituída em lei

Essa é uma regra sem exceção: o tributo **só pode ser criado por lei** (complementar ou ordinária) ou ato normativo de igual força (medida provisória). Nesse aspecto, identificamos o **princípio da legalidade**.

Lei aqui é no sentido de norma produzida pelo Poder Legislativo (ex.: lei ordinária) ou que passe pelo seu crivo para ter validade permanente (ex.: medida provisória)

IMPORTANTE! Embora não haja exceção à legalidade quanto à instituição de tributos, existem várias exceções ao princípio da legalidade quanto à alteração de alíquotas.

e) Cobrada por ato administrativo plenamente vinculado

A **vinculação** da atividade de cobrança do tributo decorre do fato de ele ser **instituído por lei** e se configurar como uma **prestação compulsória**.

Assim, a autoridade tributária não pode analisar se é conveniente, se é oportuno cobrar tributo. **A cobrança é feita de maneira vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade ao administrador.**

Devo saber: As palavras vinculado/vinculada aparecem no direito tributário com vários significados:

1. **Definição de tributo:** a cobrança do tributo é atividade plenamente vinculada. **Ex.:** Todos os tributos.
2. **Quanto a hipótese de incidência, os tributos podem ser:**

- **Vinculados:** o fato gerador é uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. **Ex.:** Taxas e contribuições de melhoria.
- **Não vinculados:** o fato gerador é uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte. **Ex.:** Todos os impostos.

3. **A arrecadação do tributo pode ser:**

- **Vinculada:** os recursos arrecadados só podem ser utilizados com despesas determinadas. **Ex.:** Empréstimos compulsórios, CPMF (atualmente extinta) e custas e emolumentos.
- **Não vinculada:** os recursos podem ser utilizados com quaisquer despesas previstas no orçamento. **Ex.:** Impostos.

Natureza do tributo:

O art. 3º do CTN é complementado por mais dois outros dispositivos do CTN: Arts. 4º e 5º.

Art. 4º: A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo FATO GERADOR da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

Ele está dizendo que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo **fato gerador**. Natureza jurídica específica é a espécie tributária (imposto, taxa, contribuição, empréstimo compulsório). Eu tenho que olhar para o fato gerador e o fato gerador vai dizer qual é a espécie tributária. **É o fato gerador que importa, sendo irrelevante para qualificar a natureza jurídica:**

I - a **DENOMINAÇÃO** e demais características formais adotadas pela lei;

Então, **o que vale é o fato gerador**. Se é fato gerador do imposto, mas o legislador chamou de taxa, não interessa, vale o fato gerador do imposto. O *nomen iuris*, a denominação legal, não vem ao caso para determinar a espécie tributária.

O inciso II vai falar que também não interessa para a denominação tributária:

II - a **DESTINAÇÃO LEGAL DO PRODUTO** da sua arrecadação.

Segundo o CTN, o que também não interessa para determinar a espécie tributária é a **destinação do produto** da sua arrecadação (isso segundo o CTN – mais para frente veremos que, hoje em dia, a destinação é relevante para a distinção em relação às contribuições especiais).
Além do art. 4º, que auxilia na definição de tributo, o art. 5º, do CTN, vai falar o seguinte:

Art. 5º: Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Ele elege três espécies tributárias. Esse artigo está superado porque em vez de 3, nós temos **5 espécies tributárias,** segundo a Constituição Federal**,** que são:

- Impostos;
- Taxas;
- Contribuições de Melhoria;
- Empréstimos Compulsórios; e
- Contribuições especiais.

FGTS é tributo?

NÃO. O STF possui entendimento no sentido de que as contribuições para o FGTS **não são tributos**. No mesmo sentido, conforme o entendimento firmado pelo STJ, deve ser afastada a incidência das disposições do Código Tributário Nacional aos recolhimentos patronais para o FGTS, por não possuir natureza tributária, mas de direito trabalhista e social, destinado à proteção dos trabalhadores (AgRg no REsp 1325297/ES; REsp 898.274/SP).

Súmula n. 353 do STJ: As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PGE-PE, 2018: Considerando-se o que dispõe o CTN, é correto afirmar que, como regra geral, os tributos podem incidir sobre bens e rendimentos decorrentes de atos ilícitos, embora não possam ser utilizados como sanção.

Certo.

3. CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS DOS TRIBUTOS

3.1 Quanto à discriminação das rendas por competências: federais, estaduais ou municipais

A questão aqui se relaciona a atribuição constitucional de competência para a **instituição do tributo**, independentemente de o produto da arrecadação estar sujeito ou não a repartição.

LEMBRAR! A competência do DF é cumulativa, pois acumula os tributos estaduais e municipais, assim como a União que, além dos tributos federais, acumula, nos territórios, os tributos estaduais (sempre) e municipais (caso não haja divisão do território em municípios).

3.2 Quanto ao exercício da competência impositiva: privativos, comuns ou residuais

São tributos **privativos** aqueles em que **CF defere a determinado ente político a competência exclusiva para sua instituição, não sendo possível delegação, quer expressa, quer tácita.**

São **comuns** os tributos cuja competência para instituição é deferida pela CF indiscriminadamente a todos os entes políticos.

São **residuais** os **novos impostos** e as **novas contribuições sociais para seguridade social** que porventura sejam criadas pela **União**.

3.3 Quanto à finalidade: fiscais, extrafiscais e parafiscais

O tributo possui finalidade **fiscal** quando visa precipuamente a arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos. **Ex.:** ISS, ICMS, IR, etc.

O tributo possui finalidade **extrafiscal** quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica. **Ex.:** II, IE, etc.

O tributo possui finalidade **parafiscal** quando a lei tributária nomeia sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos para o implemento de seus objetivos.

3.4 Quanto à hipótese de incidência: vinculados ou não vinculados

São **vinculados** os tributos cujo fato gerador seja um **"fato do Estado"**, de forma que, para justificar a cobrança, o sujeito ativo precisa realizar uma atividade especifica relativa ao sujeito passivo.

São **não vinculados** os tributos que tem por fato gerador **"um fato do contribuinte"**, não sendo necessário que o Estado desempenhe qualquer atividade específica voltada para o sujeito passivo para legitimar a cobrança. **Todos os impostos são NÃO vinculados.**

Alguns autores preferem chamar os **tributos vinculados de retributivos**, vendo no mesmo uma contraprestação. E os **tributos não vinculados de contributivos**, porque, não havendo atividade estatal, o contribuinte apenas estaria se solidarizando, mesmo que forçadamente, aos fins do Estado.

Obs.: Não há definição constitucional ou legal que imponha que os fatos geradores dos **empréstimos compulsórios ou das contribuições especiais** sejam vinculados ou não vinculados. Assim, deve-se analisar cada tributo criado individualmente.

3.5 Quanto ao destino da arrecadação: arrecadação vinculada e arrecadação não vinculada

Aqui a preocupação é com a liberdade que o Estado possui para **definir a aplicação do produto da arrecadação.**

São tributos de **arrecadação vinculada** aqueles em que a receita obtida deve ser destinada **exclusivamente a determinadas atividades. Ex.:** Contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (COFINS, CSLL).

Nos tributos de **arrecadação não vinculada**, o Estado tem liberdade para aplicar suas receitas em **qualquer despesa autorizada no orçamento.** O caso típico é dos **impostos**, que por disposição constitucional expressa estão proibidos de terem suas receitas vinculadas a órgãos, fundos ou despesas, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional.

IMPORTANTE! As **taxas e contribuições de melhoria são tributos de arrecadação NÃO vinculada**, salvo as custas e emolumentos.

Art. 98, § 2º, CF: As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

3.6 Quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro: diretos e indiretos

São **indiretos** os tributos que, em virtude de sua configuração jurídica, **permitem translação do seu encargo econômico-financeiro** para uma pessoa diferente daquela definida em lei como sujeito passivo. **Ex.:** ICMS.

São **diretos** os tributos que NÃO permitem tal translação, de forma que a pessoa definida em lei como sujeito passivo é a mesma que sofre o impacto econômico-financeiro do tributo. **Ex.:** IR.

IMPORTANTE! Os economistas, baseados na indiscutível tese de que praticamente todo tributo tem a possibilidade de ter seu encargo econômico repassado para o consumidor de bens e serviços, afirmam que a classificação dos tributos como diretos ou indiretos é irrelevante. Não obstante tal entendimento,

existe uma profunda relevância jurídica na classificação quando se comparam as regras relativas à restituição de tributo direto com aquelas referentes aos tributos indiretos. Ademais, **a inaplicabilidade de critérios econômicos para qualificação de um tributo como direto ou indireto é ponto pacífico da jurisprudência do STJ** (REsp 118.488).

3.7 Quanto aos aspectos objetivos e subjetivos da hipótese de incidência: reais e pessoais

São **reais** os tributos que, em sua incidência, **não** levam em consideração aspectos pessoais, subjetivos. Eles **incidem objetivamente sobre coisas. Ex.:** IPVA.

São **pessoais** os tributos que incidem de forma subjetiva, **considerando os aspectos pessoais do contribuinte. Ex.:** IR.

3.8 Quanto às bases econômicas – a classificação do CTN

De acordo com as tradicionais bases econômicas de incidência, os impostos podem ser:

a) Sobre o comercio exterior: II e IE;

b) Sobre o patrimônio ou renda: IR, ITR, IGF, IPVA, ITCMD, IPTU e ITBI;

c) Sobre a produção ou circulação: IPI, ICMS, IOF e ISS; e

d) Impostos extraordinários: IEG.

4. TRIBUTOS EM ESPÉCIES

Como visto, o **CTN**, no seu artigo 5º, dispõe que os tributos são impostos, taxas e contribuição de melhoria, claramente adotando a **teoria da tripartição** das espécies tributárias.

Porém, outra parte doutrinária defende a **teoria da pentapartição** (teoria quinquipartida – acrescenta os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais).

Qual teoria prevalece no Brasil quanto às espécies tributárias?

Embora o artigo 145 da CF enumere apenas três espécies de tributos, quais sejam, impostos, taxas e contribuições de melhoria, o STF adotou a **teoria pentapartida**, considerando espécies tributárias não só as presentes no mencionado dispositivo (taxa, impostos e contribuição de melhoria), mas também as demais contribuições tributárias e os empréstimos compulsórios.

Explica Roberval Rocha que, "*como no ordenamento brasileiro existem outras modalidades tributárias, além daquelas descritas no CTN, a teoria da tripartição é insuficiente como critério distintivo das modalidades tributárias.*"

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-RN JUIZ: Em que pese o CTN indicar que existem apenas três espécies de tributo, o STF consagrou o entendimento de que o sistema tributário nacional abrange os impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais e especiais.

Certo.

4.1 A determinação da natureza jurídica específica do tributo

Como visto, de acordo com o art. 4º, do CTN, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo **fato gerador** da respectiva obrigação, sendo IRRELEVANTES para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como a destinação legal do produto de sua arrecadação**.**

A análise do fato gerador do tributo é feita sob a ótica da classificação dos tributos como vinculados ou não vinculados.

Para classificar um tributo qualquer quanto ao fato gerador, deve-se perguntar se o Estado tem de realizar, para validar a cobrança, alguma atividade específica relativa ao sujeito passivo (devedor). Se a

resposta for **negativa**, trata-se de um **tributo não vinculado**; se for **positiva**, o **tributo é vinculado** (pois sua cobrança se vincula a uma atividade estatal especificamente voltada ao contribuinte).

Todos os **impostos** são **não** vinculados. O imposto é um tributo que não goza de referibilidade.

Já as **taxas** e **contribuição de melhorias** são, claramente, tributos **vinculados**.

Para a cobrança de uma **taxa**, por exemplo, o Estado precisa exercer o poder de polícia ou disponibilizar ao contribuinte um serviço público específico e divisível. Da mesma forma, a cobrança de **contribuição de melhoria** depende de uma anterior atividade estatal. É necessário que o ente federado (União, Estado, DF ou Município) realize uma obra pública da qual decorra valorização imobiliária.

Em relação à vinculação do fato gerador a prestações estatais	
VINCULADO	**NÃO VINCULADO**
• Taxas; • Contribuições de melhoria; • Contribuições previdenciárias.	• Impostos.

Recepção do art. 4º do CTN pela CF/88:

Prevalece na doutrina, que a normatividade do art. 4º foi **parcialmente não recepcionada** pela CF, **não sendo mais aplicável às CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS**.

Por quê?

Porque as **contribuições especiais** só se distinguem dos impostos pelo **nome** e **produto da arrecadação**, que segundo o art. 4º são critérios irrelevantes. Exemplo IRPJ e CSLL.

Também não se aplica o art. 4º aos **EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS**, quanto estes só de distinguem das demais espécies pelo fato de serem restituíveis.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PGM FORTALEZA, 2017: A identificação do fato gerador é elemento suficiente para a classificação do tributo nas espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios.

Errado.

Importância da base de cálculo na definição do tributo:

Em virtude de a CF, no art. 145, § 2º, proibir que as taxas tenham base de cálculo própria de imposto, pode-se concluir que, **além do fato gerador**, torna-se necessário, também, avaliar **a base de cálculo** para decifrar sua natureza jurídica. Dessa forma, um cotejo entre a base de cálculo e fato gerador é o melhor método para o deslinde da questão.

Súmula Vinculante n. 29: É **constitucional** a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, **desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.**

CUIDADO! Em prova, caso caia a literalidade do art. 4º do CTN marque a assertiva como correta. Veja:

Como caiu em prova:

VUNESP, PAULIPREV-SP, 2018 (Adaptada): Segundo o Código Tributário Nacional, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a destinação do produto da sua arrecadação.

Certo.

FCC, PGM CAMPINAS, 2016 (Adaptada): A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo relevante para qualificá-la a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, DPU, 2017: No cálculo do valor de determinada taxa, pode haver elementos da base de cálculo de algum imposto, desde que não haja total identidade entre uma base e outra.

Certo.

5. IMPOSTOS

Como visto, os tributos podem ser **vinculados** ou **não vinculados**, dependendo ou não de o Estado realizar alguma atividade específica relativa ao contribuinte para legitimar a cobrança.

O imposto é justamente um exemplo de tributo não vinculado. Dispõe o art. 16 do CTN: *"imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte".*

O que isso significa?

Significa que **o fato gerador dos impostos não está vinculado a nenhuma atuação estatal**.

Sendo assim, nós pagamos porque nós realizamos condutas, realizamos atos que manifestam riqueza, de forma que o fato gerador do imposto é sempre uma **situação de manifestação de riqueza** pelo sujeito passivo. E essa manifestação de riqueza é desvinculada de uma atuação do Estado.

Os impostos não incorporam, no seu conceito, a destinação de sua arrecadação a esta ou aquela atividade estatal. **Aliás, como regra, a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa é proibida diretamente pela CF (princípio da não afetação),** portanto, além de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de **arrecadação não vinculada**.

Sua receita presta-se ao **financiamento de atividades gerais do Estado**, remunerando os serviços universais *(uti universi)* que, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeadas por intermédio de taxas.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, STJ, 2018: O imposto se distingue das demais espécies de tributos porque tem como fato gerador uma situação que independe de atividades estatais específicas.

Certo.

Competência para instituir impostos:

A competência para instituir impostos é atribuída pela CF de maneira enumerada e privativa a cada ente federado (ver enumeração abaixo). Em princípio, essas listas são exaustivas *(numerus clausus)*; entretanto, a União pode instituir, mediante **lei complementar**, novos impostos, desde que sejam

- **não cumulativos** e;

- **não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF. (IMPOSTOS RESIDUAIS)**

Art. 154: A União poderá instituir:

I - mediante **lei complementar,** impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam **não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;**

É a chamada **competência tributária residual**, que também existe para a criação de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. Em ambos os casos, a instituição depende de **lei complementar**, o que impossibilita a utilização de medidas provisórias.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, IBAMA, 2013: No que diz respeito à instituição de impostos, apenas a União dispõe da denominada competência tributária residual.

Certo.

Esse art. 154, inc. I, da CF, aplica-se, também, ao constituinte derivado? Em outras palavras pode-se criar tributos por emenda constitucional sem a observância do disposto no referido artigo constitucional?

Não se aplica o art. 154, inc. I, da CF. No julgamento da ADI 939/DF, o STF firmou posicionamento no sentido de que a "técnica da competência residual é para o legislador ordinário e não para o constituinte derivado e a não cumulatividade e o não *bis in idem* NÃO PRECISAM SER OBSERVADOS quando da criação de um novo imposto através de EMENDA CONSTITUCIONAL".

Em síntese, o STF entende que as restrições estabelecidas no art. 154, I, da CF, não podem ser opostas a emenda à Constituição, mas sim ao legislador ordinário na criação do imposto por meio da LC.

Além da competência residual, a União detém as competências para criar, na iminência ou no caso de guerra externa, **IMPOSTOS EXTRAORDINÁRIOS DE GUERRA (NÃO necessariamente por lei complementar**, ISSO PEGA MUITO EM PROVA), **compreendidos ou não em sua competência tributária.**

CF: Art. 154 (...) II - na iminência ou no caso de guerra externa, IMPOSTOS EXTRAORDINÁRIOS, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

CTN: Art. 76. Na iminência ou no caso de guerra externa, a União pode instituir, temporariamente, impostos extraordinários compreendidos ou não entre os referidos nesta Lei, suprimidos, gradativamente, no prazo máximo de cinco anos, contados da celebração da paz.

No uso dessa **competência**, denominada **extraordinária**, a União poderá delinear como fato gerador dos Impostos Extraordinários de Guerra/IEG – praticamente **qualquer base econômica não imune**, inclusive as atribuídas constitucionalmente aos Estados e Municípios e DF. **Não seria um caso de invasão de competência estadual ou municipal**, pois a União estaria usando competência própria, expressamente atribuída pela CF.

IMPORTANTE! Trata-se de uma exceção ao *bis in idem* e à bitributação! Trata-se de uma hipótese de bitributação (cobrança do mesmo tributo por dois entes tributantes diversos) constitucionalmente autorizada (IEG), caso a União adote hipótese de incidência do IEG própria de tributo de outro ente.

Como caiu em prova:

CRF PI/PROCURADOR, 2016: Seria possível, em caso de iminência de guerra externa, a instituição de um ICMS federal mediante lei ordinária; tal fato não caracteriza uma invasão de competência estadual, pois a União estaria usando competência própria, expressamente atribuída pela Constituição Federal.

Certo.

Dessa forma, é possível afirmar que, no tocante a impostos, somente a União possui competência privativa absoluta, pois, no caso de guerra externa ou sua iminência, está autorizada a tributar as mesmas bases econômicas atribuídas aos demais entes políticos.

Os impostos da União, Estados, DF e Municípios estão discriminados, respectivamente nos arts. 153, 155 e 156, CF/88.

Aprofundando: Bitributação é o mesmo que bis in idem?

NÃO. No direito tributário de feição interna, a **bitributação** consiste na **dupla tributação** sobre o **mesmo fato gerador**, imposta por **duas pessoas jurídicas de direito público distintas**. Porque há invasão de competência fiscal, o sistema tributário brasileiro abomina a bitributação. Essa figura não se

confunde com o ***bis in idem***, que se dá quando sobre o **mesmo fato gerador** há **dupla incidência**, imposta pela **mesma pessoa de direito público**. Não há proibição genérica no ordenamento pátrio, quanto ao *bis in idem*, mas devem ser observadas as restrições do art. 154, I e 195, §4º, da CF (fatos geradores e bases de cálculo diferentes das já existentes no caso da competência residual).

Em âmbito internacional, a bitributação se realiza quando dois Estados distintos pretendem alcançar os mesmos fatos tributáveis.

UNIÃO – Art. 153, da CF.

Trata-se de **competência privativa.**

- **II –** Imposto de Importação;
- **IE –** Imposto de Exportação;
- **IPI –** Imposto de Produto Industrializado;
- **IOF –** Imposto sobre Operação Financeira;

São os impostos que conhecemos como os **impostos extrafiscais**.

Ainda temos:

- **IR –** Imposto de Renda;
- **ITR –** Imposto Territorial Rural;
- **IGF –** Imposto Sobre Grandes Fortunas (que nunca foi criado e se um dia for, terá que ser por **lei complementar**).

A União ainda pode criar:

- **Impostos Residuais** (são os impostos novos cujos fatos geradores e respectivas bases de cálculo não estão previstas na Constituição - **LC**);
- **Imposto Extraordinário de Guerra** (LC ou LO).

Obs.: Só a União pode criar esses impostos. Os Estados não podem e nem os Municípios.

ESTADOS – Art. 155, da CF

Os Estados só podem criar os seguintes impostos:

- **ICMS –** Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
- **ITCMD –** Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações
- **IPVA –** Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

IMPORTANTE! Os Estados **não** têm competência para criar impostos residuais. É uma pegadinha frequente e relativamente fácil nas provas de primeira fase, dizer que os Estados têm competência residual. Não têm!

MUNICÍPIOS – Art. 156, da CF

Os Municípios só podem criar os seguintes impostos:

- **ISS –** Imposto Sobre Serviços
- **ITBI –** Imposto sobre Transmissão Onerosa e por ato *Inter Vivos* de Bens Imóveis.
- **IPTU –** Imposto Predial Territorial Urbano

Os Municípios também **não** podem criar impostos residuais.

5.1 A criação de impostos

A Constituição Federal cria impostos?

A CF NÃO cria impostos, apenas **atribui competência para que os entes políticos o façam**.

Não há tributo sem lei anterior que o defina. Para que sejam criados os **tributos**, o ente tributante deve editar lei (ou ato normativo de igual hierarquia, diga-se, Medida Provisória) instituindo-os abstratamente, ou seja, definindo seus fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas e contribuintes.

IMPORTANTE! No tocante aos **IMPOSTOS**, todavia, a CF exige que **lei complementar de caráter nacional** defina os respectivos **fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.**

É importante ressaltar que o STF entende ser **aplicável** ao exercício da competência tributária a regra de que, **quando a União deixa de editar normas gerais, os Estados podem exercer a competência legislativa plena. Ex.:** IPVA.

5.2 Os impostos e o princípio da capacidade contributiva

De acordo com o art. 145, § 1º, CF/88, sempre que possível, os **IMPOSTOS** terão **caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica (capacidade contributiva) do contribuinte**, facultado a administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O legislador constituinte, na redação do dispositivo, adotou a classificação dos impostos em **reais** ou **pessoais**. Assim, são **reais** os impostos que, em sua incidência, **não levam em consideração aspectos pessoais, aspectos subjetivos**. **Ex.:** IPTU, IPVA, ITR, etc. Eles incidem objetivamente sobre determinada base econômica, é dizer, incidem sobre coisas.

São **pessoais** os impostos que **incidem de forma subjetiva**, considerando os aspectos pessoais do contribuinte. **Ex.:** IR.

Havendo viabilidade, a pessoalidade é obrigatória. A finalidade clara do dispositivo é dar concretude ao **princípio da isonomia**, tratando diferentemente quem é diferente, na proporção das diferenças existentes.

Vale ressaltar que a expressão "sempre que possível", acima utilizada, não se aplica para a segunda parte do parágrafo ("capacidade contributiva"). As conclusões são as seguintes:

- Os impostos terão caráter pessoal (sempre que possível);
- Os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (sempre).

IMPORTANTE! O STF decidiu que todos os impostos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal, **podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva** do sujeito passivo (RE 562045/RS).

A CF não impõe a aplicação do princípio (caráter pessoal e capacidade contributiva) a todos os tributos, **mas apenas aos IMPOSTOS, e somente quando possível.**

IMPORTANTE! O STF entende que, apesar de previsto como de observância obrigatória apenas na criação dos impostos (sempre que possível), **nada impede que o princípio da capacidade contributiva seja levado em consideração na criação das TAXAS.**

6. TAXAS

As taxas estão previstas no art. 145, II, da Constituição e nos arts. 77 e ss., do CTN.

As taxas, diferentemente dos impostos, são tributos **vinculados**, é dizer, são vinculados a uma atuação estatal específica.

Tratam-se, em outros termos, de tributos **retributivos** ou **contraprestacionais**, uma vez que não podem ser cobradas sem que o Estado exerça o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque a sua disposição, um serviço público específico e divisível.

Eu pago taxa porque o Estado faz alguma coisa especificamente direcionada para mim, contribuinte. Completamente diferente dos impostos. Eu pago imposto porque eu manifesto riqueza. Simplesmente isso. Não existe uma atuação estatal referente ao pagamento de impostos.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, MC/DIREITO, 2013: Uma das diferenças entre taxa e imposto é que na incidência de taxa é obrigatória dependência de atividade estatal.

Certo.

Classificação quanto à destinação do valor arrecadado:

Segundo a doutrina, a taxa trata-se de um tributo de **arrecadação NÃO vinculada**, em outros termos, a utilização do produto de sua arrecadação é discricionária para o Poder Executivo, podendo-se, assim, os recursos serem utilizados em outras contas orçamentárias.

Pode haver vinculação das receitas das taxas?

Em tese SIM. Segundo Roberval Rocha, a vinculação dos recursos providos de taxas é constitucional, uma vez que a vedação de vinculação de receitas públicas a órgãos, fundos ou despesas (Art. 167, inc. IV, da CF), só diz respeito a impostos.

Como caiu em prova:

CONSULPLAN, TJ-MG, 2017: O Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade de a lei estabelecer a afetação de receita de taxa a determinado órgão, fundo ou despesa públicos.

Errado.

CONSULPLAN, TJ-MG, 2017: A Constituição Federal atual veda a afetação da receita, relativamente às taxas e contribuição de melhoria.

Errado.

CONSULPLAN, TJ-MG, 2017: O regime constitucional atual adota o princípio da não afetação, proibindo a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas algumas situações.

Certo.

Competência:

O ente competente para instituir e cobrar a taxa é aquele que presta o respectivo serviço ou que exerce o respectivo poder de polícia.

Segundo Ricardo Alexandre, como o Estado tem competência material residual, podendo prestar serviços públicos não atribuídos expressamente a União nem aos Municípios, a consequência é que, indiretamente, a CF atribuiu a competência tributária residual para a instituição de taxas aos Estados.

Fatos geradores da taxa:

São dois, portanto, os **"fatos do Estado"** que podem ensejar a cobrança de taxa:

1. O **EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA** que legitima a cobrança de taxas de polícia; e
2. A **utilização**, **EFETIVA** ou **POTENCIAL**, de **serviços públicos ESPECÍFICOS E DIVISÍVEIS**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, que possibilita a cobrança de taxas de serviço.

Art. 145: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela **utilização, efetiva ou potencial,** de **serviços públicos específicos e divisíveis**, **prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;**

6.1 Taxa de polícia

As taxas de polícia têm por fato gerador o **exercício regular do poder de polícia**, cuja fundamentação é o **princípio do interesse público sobre o interesse privado**, que permeia todo o direito público.

Em seu art. 78, o CTN conceitua poder de polícia:

Art. 78: Considera-se **PODER DE POLÍCIA** atividade da administração pública que, **limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público** concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da

produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos **(lista exemplificativa).**

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando **desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.**

IMPORTANTE! A possibilidade de cobrança de taxa por atividade estatal potencial ou efetiva refere-se apenas as **TAXAS DE SERVIÇO**, de forma que **só se pode cobrar taxa de polícia pelo efetivo exercício desse poder.**

É necessária a efetiva fiscalização da atividade policiada ou basta a existência do órgão aparelhado para a cobrança legítima de dada taxa?

O **STF** considera que **o simples fato de existir um órgão estruturado que exerça permanentemente atividade de fiscalização** já permite a cobrança da taxa de polícia de todos quantos estejam sujeitos a essa fiscalização. Assim, admite-se a cobrança periódica de todas as pessoas que estejam sujeitas à fiscalização, tenham ou não sido concretamente fiscalizadas, desde que o órgão fiscalizador esteja estruturado e a atividade de fiscalização seja regularmente exercida. **Ex.:** no caso da taxa de controle e fiscalização ambiental – TCFA, o STF decidiu que era legítima a exigência dessa taxa a ser paga pelas empresas potencialmente poluidoras, independentemente de sofrerem fiscalização efetiva (RE 416601, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005).

Em resumo: Segundo o STF presume-se o exercício do poder de polícia quando existente

- **o órgão fiscalizador**,

- **mesmo que este não comprove haver realizado fiscalizações individualizadas no estabelecimento de cada contribuinte** (RE 416.601).

6.2 Taxa de serviço público

A criação das taxas de serviço só é possível mediante disponibilização de serviços públicos que se caracterizam pela **DIVISIBILIDADE** e **ESPECIFICIDADE**.

Os serviços são **específicos** quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública; **são divisíveis** quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.

Art. 79: Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
I - utilizados pelo contribuinte:
a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;
III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Na prática, o serviço público remunerado por taxa é considerado **específico** quando o contribuinte sabe por qual serviço está pagando. Já a **divisibilidade** está presente quando é possível ao Estado identificar os usuários do serviço a ser financiado com a taxa. Assim, o serviço de limpeza dos logradouros públicos não é divisível, pois seus usuários não são identificáveis nem identificados, uma vez que a limpeza beneficia a todos.

Súmula Vinculante n. 19: A taxa cobrada **EXCLUSIVAMENTE** em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos **provenientes de imóveis**, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Se o lixo é proveniente de imóveis, podem-se identificar como usuários os proprietários de tais bens. Por isso que o STF teve o cuidado de colocar o **"exclusivamente"**.
Da mesma forma, não podem ser financiados por taxa, tendo em vista a indivisibilidade, os serviços de segurança pública, diplomacia, defesa externa do país, etc.
Obs.: A frase **"Eu te vejo, tu me vês"** nos mostra claramente a possibilidade de um serviço ser remunerado por taxa. O contribuinte **vê** o Estado prestando o serviço, pois sabe exatamente por qual serviço está pagando (especificidade atendida) e o Estado **vê** o contribuinte, uma vez que consegue precisamente identificar os usuários (divisibilidade atendida).

O **STF**, adotando a classificação dos **serviços públicos gerais** ou **específicos**, tem pacificamente entendido que os primeiros devem ser financiados com a arrecadação de **impostos**, e os últimos por meio de **taxas**.

Nos **serviços públicos gerais**, também chamados de universais (prestados *uti universi)*, o benefício abrange indistintamente toda a população, sem destinatários identificáveis. **Ex.:** Serviço de iluminação pública.

Obs.: Após a EC 39, passou a ser possível ao Município e ao DF instituir a **contribuição de iluminação pública**. A instituição de taxa de iluminação pública continua sendo ilegítima.

Súmula Vinculante n. 41: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

É inconstitucional a criação de taxa de combate a incêndios. **A atividade desenvolvida pelo Estado no âmbito da segurança pública é mantida ante impostos**, sendo imprópria a substituição, para tal fim, de taxa. Precedente: ADI 4411, julgado em 18.08.2020 (Info 992).

Já nos **serviços públicos específicos**, também chamados **singulares** (prestados *uti singuli*), os usuários são identificados ou, ao menos, identificáveis. Sua utilização individual é mensurável.

Quando o serviço é definido em lei como de **utilização compulsória** e é **posto à disposição do contribuinte** mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento, a taxa pode ser cobrada mesmo sem a utilização efetiva do serviço pelo sujeito passivo. **É o que a lei denomina de UTILIZAÇÃO POTENCIAL.**

Obs.: Cabe ao legislador, ao instituir a taxa, verificar se o serviço transpõe a fronteira dos interesses meramente individuais, de forma que se fosse dado ao particular decidir por não o utilizar, o prejuízo pudesse reverter contra a própria coletividade. Em tais casos, **o serviço deve ser definido em lei como de utilização compulsória** e o contribuinte deve recolher a taxa mesmo que não use efetivamente o serviço; nos demais casos, o particular somente se coloca na condição de contribuinte se usar o serviço de **maneira efetiva. Ex.:** Serviço de coleta de lixo.

IMPORTANTE! Pode ser apenas **potencial a utilização** do serviço, **jamais a sua disponibilização**. Por óbvio, não é possível a cobrança de taxa pela coleta domiciliar de lixo em locais onde tal serviço não é prestado.

Utilização do serviço público	
Efetiva	**Potencial**
Quando usufruído a qualquer título.	Quando, sendo de utilização compulsória, seja posto à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.
Tipos de serviço público	
Específico	**Divisível**
Quando pode ser destacado em unidades autônomas de intervenção, de unidade ou de necessidade pública	Quando suscetível de utilização, separadamente, por cada um dos seus usuários.

Quadro extraído da obra de Roberval Rocha[1].

6.3 A base de cálculo das taxas

A CF proíbe que as taxas tenham base de cálculo **própria** de impostos (art. 145, § 2º).

Já o Código Tributário Nacional dispõe que a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador **idênticos** aos que correspondem a imposto (art. 77, parágrafo único).

Foi justamente com base nessa linha de raciocínio que o STF sumulou o seguinte entendimento:

Súmula n. 595 do STF: É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural.

DEVO LEMBRAR:

Súmula Vinculante n. 29: É **constitucional** a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, **desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.**

É imperioso que a base de cálculo seja exatamente igual ao custo do serviço público prestado?

NÃO. Segundo afirma a doutrina, não é necessário que a base de cálculo seja exatamente igual ao custo do serviço público prestado. **A base de cálculo da taxa deve estar relacionada com o custo.** Deve haver uma **"equivalência razoável** entre o **custo real dos serviços** e o montante a que pode ser compelido o

[1] ROCHA, Roberval. Direito Tributário: Coleção sinopses para concurso. 2.ed. Editora JusPodidvm. 2015.

contribuinte a pagar". (Min. Moreira Alves, STF Rp 1077/RJ). Assim, o que não pode ocorrer é o valor da base de cálculo ser muito superior ao custo do serviço, uma vez que, nesse caso, haveria enriquecimento sem causa por parte do Estado ou até mesmo uma forma de confisco (STF ADI 2551).

Custas judiciais:

O STF entende que as **custas judiciais**, por serem **tributos da espécie taxa**, cobradas para remunerar a **prestação do serviço público específico e divisível da jurisdição, podem ser cobradas tendo por base de cálculo o valor da causa ou da condenação.** Entretanto, se a alíquota for excessiva ou se inexistir a previsão de um teto, elas se tornam ilegítimas, por não guardarem qualquer correlação com o valor gasto pelo Estado para prestar o serviço, e por configurarem uma maneira indireta de a lei excluir da prestação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, ferindo, portanto, o princípio do livre acesso à jurisdição.

Súmula n. 667 do STF: Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

Constitucionalidade da taxa de lixo domiciliar:

IMPORTANTE! A taxa de lixo domiciliar que, entre outros elementos, toma por base de cálculo o metro quadrado do imóvel, segundo o STF, **preenche os requisitos da constitucionalidade,** atendidos os princípios da **ISONOMIA TRIBUTÁRIA** e da **CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**, ainda que o IPTU considere como um dos elementos para a fixação de sua base de cálculo a metragem da área construída. Registre-se que, em 4 dezembro de 2008, a nova composição do Supremo Tribunal Federal, julgando caso semelhante, desta feita relativo ao Município de Campinas/SP, reafirmou o entendimento aqui detalhado, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski proposto a edição de Súmula Vinculante acerca da matéria. Posteriormente, foi editada a Súmula Vinculante 29, cuja redação, bastante ampla, é a seguinte:

Súmula Vinculante n. 29: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

DEVO LEMBRAR: De acordo com o STF, nada impede que o **princípio da capacidade contributiva** seja aplicado às taxas. Uma vez que a CF só o faz expressamente aos impostos.

A taxa pode ser considerada exceção ao princípio da capacidade contributiva?

Embora o cálculo do valor da taxa deva estar relacionado com os serviços prestados ou com o poder de polícia desempenhado, segundo a Suprema Corte, **todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva**, ao menos em relação a um de seus três aspectos **(OBJETIVO, SUBJETIVO e PROPORCIONAL)**, independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos. (RE 406.955-AgR)

IMPORTANTE! Segundo Ricardo Alexandre, outro ponto de grande relevância é a aceitação, por parte do **STF**, da **criação de taxas com valores fixos** constantes em tabelas que, tomem como referência, grandezas que, a rigor, poderiam ser consideradas como bases de cálculo próprias para impostos.

Em julgado de outubro de 2008, o Tribunal considerou constitucional lei do Estado de São Paulo que utilizou como **fator de referência** para a cobrança da taxa paga aos cartórios para a transferência de imóveis o **valor do imóvel** transferido, considerando-se como tal o mesmo que foi apurado na cobrança do Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana (IPTU).

Apesar de dois Ministros entenderem que se estava utilizando para uma taxa base de cálculo de dois impostos (IPTU e ITBI), o Tribunal, por maioria, adotou o mesmo raciocínio esposado quando do julgamento acerca da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários. Segundo o Ministro-Relator Menezes Direito, **a variação do valor da taxa em função dos padrões considerados pela lei estadual "não significa que o valor do imóvel seja a sua base de cálculo", pois tal montante "é apenas usado como parâmetro para determinação do valor dessa espécie de tributo"** (ADI/3.887-SP).

6.4 Distinção entre Taxas e preços públicos

Os serviços públicos podem ser remunerados por **preços públicos (tarifas)**, o que poderia gerar uma confusão conceitual entre as taxas de serviço e os preços públicos. Ambos possuem caráter **CONTRAPRESTACIONAL**, remunerando uma atividade prestada pelo Estado. Nos dois casos há a exigência de **referibilidade**, ou seja, há de ser possível uma perfeita identificação do beneficiário do serviço, que é devedor da taxa ou do preço público.

Ambos possuem a mesma natureza?

NÃO. As taxas se submetem ao regime tipicamente de direito público, possuindo natureza tributária. Assim, o produto de sua arrecadação consubstancia-se em RECEITA DERIVADA.

As tarifas, por sua vez, estão sujeitas ao regime contratual, ou seja, de direito privado. Dessa forma, sua receita é ORIGINÁRIA, pois decorre da exploração do patrimônio do próprio Estado.

Como tributo, a taxa é prestação pecuniária compulsória, não havendo manifestação livre de vontade do sujeito passivo para que surja a obrigação de pagar. **No preço público a relação é contratual**, sendo imprescindível a prévia manifestação de vontade do particular para que surja o vínculo obrigacional. A prestação pecuniária é facultativa. **Ex.:** Preço público para a utilização do serviço de telefonia.

Acerca da diferença entre taxa e preço público, temos uma súmula do STF (anterior à CF/88):

Súmula n. 545 do STF: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias ~~e tem sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu.~~

As taxas são compulsórias em que sentido?

No sentido de que ela não decorre do exercício da autonomia da vontade. Esse finalzinho não se aplica porque faz referência ao princípio da anualidade que não mais existe na nossa constituição. Mas apesar disso, a Súmula 545, nesse começo, apresenta essa diferença.

Como o regime das taxas é legal, não é possível rescisão, que pode ocorrer somente no regime contratual do preço público.

IMPORTANTE! Tanto o STF como o STJ consideram que o valor pago pelos **serviços de ÁGUA e ESGOTO prestados por CONCESSIONÁRIA** de serviço público **NÃO possui caráter tributário**, possuindo natureza jurídica de tarifa ou preço público. Justamente por isso que o STJ editou a súmula 412:

Súmula n. 412 do STJ: A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

Qual a natureza jurídica da taxa de ocupação de terrenos de marinha?

Trata-se de **PREÇO PÚBLICO** por ter **natureza contraprestacional/contratual** em que pese o nome taxa. Não se enquadra nos fatos geradores da mesma. Neste sentido já decidiu o STJ: "1. Os terrenos de

marinha são bens dominicais da União, os quais, no passado, desde o tempo da realeza, destinavam-se à defesa do território nacional ao permitir a livre movimentação de tropas militares pela costa marítima. 2. Permite-se a ocupação dos terrenos de marinha por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação. 3. A TAXA DE OCUPAÇÃO É O PREÇO PAGO À FAZENDA PÚBLICA PELA UTILIZAÇÃO DE BEM QUE LHE PERTENCE. NÃO POSSUI NATUREZA TRIBUTÁRIA (Lei n. 4.320/1964, art. 39, § 2º) [...]" (STJ, 2ª T., REsp 1145801/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, ago/2010)

Esquematizando:

TAXA	PREÇO PÚBLICO/TARIFA
Regime jurídico de direito público	Regime jurídico de direito privado
O vínculo obrigacional é de natureza tributária	O vínculo obrigacional é de natureza contratual
O sujeito ativo é uma pessoa jurídica de direito público	O sujeito ativo pode ser uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado
O vínculo nasce independentemente de manifestação de vontade (compulsório)	Há necessidade de válida manifestação de vontade para surgimento do vínculo (é facultativo)
Pode ser cobrada em virtude de utilização efetiva ou potencial do serviço público	Somente pode ser cobrada em virtude de utilização efetiva de serviço público
A receita arrecadada é derivada	A receita arrecadada é originária

Sujeita-se aos princípios tributários (anterioridade, noventena, etc.)	Não se sujeita aos princípios tributários

O pedágio tem natureza de taxa ou de tarifa?

Preço público.

Primeiramente, em termos conceituais, pedágio é um valor pago pelo condutor do veículo para que ele tenha direito de trafegar por uma determinada via de transporte terrestre, como uma estrada, uma ponte, um túnel etc. Essa quantia é paga a um órgão ou entidade da Administração Pública ou, então, como é mais comum, a uma empresa privada concessionária que faz a exploração da via.

Existia até pouco tempo atrás uma divergência muito grande na doutrina em relação à natureza do pedágio, muitos afirmavam que era taxa e outros que consistia em um preço público (tarifa).

Entretanto, o STF pôs termo à divergência ao julgar a ADI 800 RS no seguinte sentido: *"O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988,* ***não tem natureza jurídica de taxa****, mas sim de* ***preço público****, não estando a sua instituição, consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita."* (STF. Plenário. ADI 800/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.6.2014 - Info 750).

7. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A contribuição de melhoria está prevista no art. 145, inc. III, da CF e a partir do art. 82, do CTN.

Vinculado ou não vinculado:

Assim como as taxas, **é um tributo vinculado** (sempre vinculado a uma atuação estatal).

Competência:

Trata-se de competência **COMUM** da União, Estados, DF e Municípios.

Decorre da obra pública?

NÃO. Cuidado com essa confusão que surge a partir de uma interpretação errada do texto constitucional.

A contribuição de melhoria é exigida em virtude da **VALORIZAÇÃO de imóvel decorrente de OBRAS PÚBLICAS,** e não em decorrência de obra pública.

Base principiológica:

Princípio do enriquecimento sem causa. Isso porque, não fosse a tributação por meio da contribuição de melhoria os proprietários dos imóveis beneficiados pela obra pública se beneficiariam de um acréscimo em seu patrimônio, em detrimento do conjunto da população que arca com os impostos.

Portanto, a contribuição de melhoria decorre de uma realização de uma obra pública que gere uma valorização imobiliária.

Qual a posição da jurisprudência?

Segundo o **STF**, a VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA é requisito inafastável. O fato gerador não é realizar obra pública, MAS VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL VINCULADA A UMA OBRA PÚBLICA. A base de cálculo da contribuição de melhoria deve ser o montante de valorização. Ou seja, quanto que o imóvel valorizou em virtude da obra pública realizada.

Ainda nesse sentido, segundo o **STF**, a realização de pavimentação na rua, suscetível de valorizar o imóvel, pode justificar a cobrança de contribuição de melhoria, **o que NÃO acontece com o mero recapeamento da via pública já asfaltada** (RE 115863).

Valorização presumida:

Não obstante a necessidade de valorização para que reste verificado o fato gerador da contribuição, o **STJ** tem entendido ser legítima a fixação da base de cálculo do tributo mediante a utilização de **montantes presumidos de valorização**, indicados pela administração pública, **DESDE QUE FACULTADA A APRESENTAÇÃO, PELO SUJEITO PASSIVO, DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO**. Nas palavras do próprio Tribunal, nessas *hipóteses "a valorização presumida do imóvel não é fato gerador da contribuição de melhoria, mas, tão somente, o critério de quantificação do tributo (base de cálculo), que pode ser elidido pela prova em sentido contrário da apresentada pelo contribuinte"* (AgRg no REsp 613.244/RS).

Como caiu em prova:

CRF PI/PROCURADOR, 2016: A valorização presumida do imóvel não é o fato gerador da contribuição de melhoria mas, tão somente, o critério de quantificação do tributo, que pode ser elidido por prova em sentido contrário.

Certo.

A quem cabe o ônus de provar a existência de valorização da obra?

PODER PÚBLICO**.** Segundo entendimento do STJ é imprescindível para a instituição da contribuição de melhoria lei prévia e específica; e valorização imobiliária decorrente da obra pública, **sendo da administração pública o ônus da referida prova.** (AgRg no AREsp 539.760/PR)

Como caiu em prova:

NC-UFPR, PGM CURITIBA-PR, 2015: A instituição de contribuição de melhoria depende de lei específica para cada obra, bem como da ocorrência de efetiva valorização imobiliária em razão da obra pública, cabendo ao sujeito passivo da exação o ônus de realizar a prova da inexistência de valorização.

Errado.

Limitação à base de cálculo da contribuição de melhoria:

A base de cálculo, apesar de ser o montante de valorização, como visto acima, possui uma limitação. **A base de cálculo está limitada ao custo da obra**.

Ricardo Alexandre traz o seguinte exemplo: *vamos imaginar um imóvel que tem o valor de 100 mil reais antes da obra. Terminou a obra, esse imóvel vale 400 mil reais. Isso aconteceu também com os imóveis*

vizinhos. ***A contribuição de melhoria vai ter como base de cálculo o montante de valorização.*** *Só que ainda que a base de cálculo seja o montante de valorização, o objetivo da contribuição de melhoria é destinar recursos para aquela obra que foi realizada, é no sentido de que o Poder Público receba uma ajuda no pagamento daquela obra pública.* ***Se for assim, não faz sentido a arrecadação da contribuição de melhoria no montante superior ao custo da obra.***

Então, ainda que a base de cálculo seja o montante da valorização, nós teremos limitações relacionadas à arrecadação dessa contribuição.

DEVO LEMBRAR! Do ponto de vista individual, a limitação está na **VALORIZAÇÃO** (eu não posso pagar mais do que o meu imóvel valorizou) e **do ponto de vista global**, o limite está no **CUSTO DA OBRA**.

CUIDADO! Isso não significa que a contribuição de melhoria vai ter o custo da obra como base de cálculo. Não! **A base de cálculo, em princípio, vai ser o montante de valorização.** Mas eu tenho uma limitação quanto à possibilidade de gerar receita dessa contribuição de melhoria. **Ela tem um teto que é, exatamente, o custo da obra.**

IMPORTANTE! Esses limites não estão na Constituição. Estão na legislação infraconstitucional, mais especificamente no art. 81, do CTN e no art. 4.º, do DL 195/67 (que disciplina a cobrança de contribuição de melhoria).

> **Art. 145:** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> **III -** contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

A Constituição nem fala em valorização. Fala apenas em ser decorrente de obra pública. Aí vem o art. 81, do CTN, que especifica a contribuição de melhoria e fala dos limites quanto à arrecadação:

> **Art. 81:** A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA (fato gerador), **tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.**

Esquematizando:

Limite Global	Limite Individual
Custo da Obra	Montante de Valorização

Nexo de causalidade entre a execução da obra pública e a valorização do imóvel:

Por motivos óbvios, a contribuição de melhoria só pode ser exigida daqueles que tiveram seus imóveis valorizados, há de haver um nexo causal entre a obra e valorização de um imóvel. Sendo assim, se a valorização ocorreu por motivo distinto da realização da obra, não será possível a cobrança de contribuição de melhoria.

Classificação quanto à vinculação da receita:

Trata-se de tributo de arrecadação NÃO vinculada. A contribuição é decorrente de obra pública e **não** para a realização de obra pública. Sendo assim, como regra, **não** é legítima a sua cobrança com o intuito de obter recursos a serem utilizados em obras futuras, uma vez que a valorização só pode ser aferida após a conclusão da obra.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TRT10, 2013: A União tem competência para instituir impostos com vistas a custear obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada.

Errado.

7.1 O cálculo da contribuição de melhoria

Como dito anteriormente, a jurisprudência tem firmado que a base de cálculo da contribuição de melhoria é a **diferença entre os valores iniciais e finais dos imóveis beneficiados (valorização).** Tal afirmativa não é corroborada pelo CTN, uma vez que este estipula duas regras que apontam para uma sistemática de cálculo bem diferente:

A. A lei instituidora da contribuição de melhoria deve determinar **a parcela de custo da obra a ser financiada pelo tributo (CTN, 82, I, "c");**

B. A contribuição relativa a cada imóvel será determinada **pelo rateio da parcela do custo da obra [...]** pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos **fatores individuais de valorização.**

Não se vislumbra, portanto, a estipulação de uma alíquota a ser aplicada sobre a valorização individual, mas sim a fixação de uma parcela do custo da obra a ser rateada entre os proprietários dos imóveis beneficiados proporcionalmente aos respectivos “fatores de individuação de valorização”.

Na prática, o “fator individual de valorização” é obtido pela divisão da valorização individual do imóvel e pela soma das valorizações individuais dos imóveis beneficiados.

8. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

Primeira premissa, partindo da linha pentapardida do STF, os empréstimos compulsórios são tributos.

Dispõe a CF, no seu art. 148:

> **Art. 148:** A **UNIÃO** (competência exclusiva), mediante **LEI COMPLEMENTAR**, poderá instituir **EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS**:
> **I -** para atender a **despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;**
> **II -** no caso de **investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional**, observado o disposto no art. 150, III, "b".
> **Parágrafo único.** A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será **VINCULADA** à despesa que fundamentou sua instituição.

Tratam-se de empréstimos forçados, coativos, porém **restituíveis**. A obrigação de pagá-los não nasce de um contrato, de uma manifestação livre das partes, mas sim de determinação legal. Verificada a ocorrência do fato gerador, surge a obrigação de **"emprestar"** dinheiro ao Estado.

8.1 Competência, casos e forma de instituição.

A competência para a criação de empréstimos compulsórios é **EXCLUSIVA DA UNIÃO.**

Essa é uma regra sem exceção.

A instituição dos ECs só é possível mediante **LEI COMPLEMENTAR**. Como **a CF exige a lei complementar** para a criação dos ECs e proíbe que as medidas provisórias regulamentem matérias sujeitas a reserva de lei complementar, a conclusão é: **leis ordinárias e medidas provisórias não podem criar ECs.**

Motivos para criação dos empréstimos compulsórios:

- Para atender a **despesas extraordinárias**, decorrentes de **calamidade pública**, de **guerra externa** ou sua **iminência**;
- No caso de **investimento público de caráter urgente** e de **relevante interesse nacional** (nesse caso, observado o princípio da anterioridade).

O CTN, em seu art. 15, III, prevê a instituição de ECs numa terceira situação, qual seja a ~~"conjuntura que exija absorção temporária de poder aquisitivo".~~

O citado art. 15, III, do CTN não foi recepcionado pela nova CF, de forma que os ECs só podem ser constituídos nas hipóteses constitucionais previstas.

Empréstimos compulsórios e a anterioridade:

Nas situações que autorizam os ECs, sempre estão presentes a **relevância e urgência**. Entretanto, nos casos de **guerra externa** e sua iminência e de calamidade pública, há uma necessidade bem maior de celeridade, assim, **nesses casos a exação pode ser criada de imediato**, SEM NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E DA NOVENTENTA.

8.2 Destinação da arrecadação

A aplicação dos recursos provenientes dos ECs **será vinculada a despesa que fundamentou a sua instituição**. Assim, se o EC foi criado em virtude de uma guerra externa, toda sua arrecadação deve ser carreada para fazer face aos esforços de guerra.

IMPORTANTE! Não se deve confundir tributo vinculado com tributo de arrecadação vinculada.

O tributo é considerado vinculado quando o Estado tem de realizar alguma atividade específica relativa ao sujeito passivo para legitimar a cobrança. A exigência não tem correlação com a destinação da arrecadação. Já a principal característica dos **tributos com arrecadação vinculada** é a necessidade de utilização da receita obtida, exclusivamente com determinadas atividades. **Assim, os ECs são tributos de arrecadação vinculada.**

8.3 Restituição

O parágrafo único, do art. 15, do CTN exige que a lei instituidora do EC fixe o prazo e as condições de resgate. Assim, **a tributação não será legítima sem a previsão da restituição.**

O STF tem entendimento firmado no sentido de que **a restituição do valor arrecadado a título de empréstimo compulsório deve ser efetuada na mesma espécie em que recolhido.** Como o tributo, por definição, é pago em dinheiro, a restituição deve ser efetivada também em dinheiro.

Em resumo: Empréstimos compulsórios (art. 148, I e II, da CF) são decretados **privativamente pela União** e só podem ser instituídos por **lei complementar** para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de **calamidade pública, guerra externa ou sua iminência**, ou, no caso de **investimento**

público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, hipótese em que deverá ser obedecido o princípio da anterioridade. A aplicação dos recursos arrecadados a título de empréstimo compulsório **será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição**, cujas hipóteses se encontram **taxativamente** enumeradas na Carta Política.

Com caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, SERPRO, 2013: Por meio dos empréstimos compulsórios, é possível à União financiar projetos de assentamento agrário em áreas sem conflitos sociais.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, DPU, 2015: Se, devido a necessidade urgente, a União instituir empréstimo compulsório para custear um investimento público de relevante interesse nacional em determinada data, nesse caso, devido ao princípio da anterioridade, a aplicação do referido tributo só poderá ocorrer no início do exercício fiscal subsequente.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014: A restituição de empréstimo compulsório pode ser feita mediante a transferência de ações de empresa pública ou sociedade de economia mista, ainda que o recolhimento do tributo tenha ocorrido mediante valor pecuniário.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, PGM CAMPO GRANDE-MS, 2019: Empréstimos compulsórios no caso de investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional — como a reconstrução de escolas e hospitais atingidos por enchentes — dada a urgência do investimento público, não se sujeitam à anterioridade do exercício financeiro e à anterioridade nonagesimal.

Errado.

9. AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

Dispõe o art. 149 da CF:

Art. 149: Compete **EXCLUSIVAMENTE À UNIÃO** instituir **contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas,** como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no Art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Perceba-se que o legislador constituinte previu a possibilidade de a União instituir três espécies de contribuições, quais sejam:

1. As contribuições sociais;
2. As contribuições de intervenção no domínio econômico/CIDE; e
3. As contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas.

A **competência** para a criação das contribuições do art. 149 é destinada **EXCLUSIVAMENTE A UNIÃO**. Entretanto, o § 1º do mesmo artigo traz uma exceção.

Regramento do art. 149, §1º, da CF:

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de **regime próprio de previdência social**, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Observe que foi retirada a informação de que a alíquota dos servidores estaduais, distritais e municipais não poderão ser inferiores à alíquota dos servidores federais.

Porém, a própria EC 103/2019 tratou sobre o tema, até que ele seja regulado pela lei complementar nacional:

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Art. 9º Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo.

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de previdência social não possui deficit atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social.

Outrossim, ainda referente ao § 1º do art. 149 da CF, poderão ser progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos da aposentadoria e de pensões. Como regra de transição, essa nova disposição somente será aplicável ao RPPS dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na data de publicação de lei de inciativa privada dos respectivo Poder Executivo, que referende integralmente.

Possibilidade de criação da contribuição extraordinária:

Os §§ 1º-A, 1º-B e 1º-C do art. 149 da CF, incluídos pela EC 103/2019, dispõem que:

§ 1º-A. Quando houver *deficit atuarial*, a contribuição **ordinária** dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que **supere o salário-mínimo**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 1º-B. Demonstrada a insuficiência da medida prevista no § 1º-A para equacionar o *deficit* atuarial, é facultada a **instituição de contribuição extraordinária**, no **âmbito da União**, dos **servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

§ 1º-C. A contribuição extraordinária de que trata o § 1º-B deverá ser **instituída simultaneamente com outras medidas para equacionamento do *deficit*** e **vigorará por período determinado**, contado da data de sua instituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência)

Imunidade sobre receitas decorrentes de exportação

§ 2º: As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as RECEITAS decorrentes de exportação

As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação (IMUNIDADE).

Pode haver a tributação sobre o lucro decorrente de exportação?

SIM. A CF apenas concedeu imunidade no tocante às RECEITAS decorrentes de exportação

Nesse sentido, a Secretaria da Receita Federal do Brasil adotou uma interpretação absolutamente literal do dispositivo, entendendo que a imunidade somente impediria a cobrança de contribuições que tivessem como base de cálculo exatamente a **RECEITA**.

Ao se pronunciar sobre o tema, o STF entendeu que o legislador constituinte claramente **diferenciou a RECEITA do LUCRO**, tanto é que autorizou a criação de tributos distintos para gravar tais bases econômicas (PIS/COFINS e CSLL, respectivamente). Nessa linha, ao imunizar as **RECEITAS** decorrentes da exportação, **a CF não desejou proibir a tributação do lucro.** (RE 474.132, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12.08.2010).

Importante! Não obstante **a imunidade nas operações de exportação**, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico **INCIDEM sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços.**

Art. 149, (...) § 2º: As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

Desta forma, o comerciante que vende uma mercadoria dentro do Brasil, está sujeito à incidência da dupla PIS/COFINS sobre sua receita; já nas importações, o recebedor da receita é o exportador estrangeiro, não sendo possível ao Brasil impor a tal agente o dever de recolher tributo aos cofres nacionais. Para que não haja um benefício fiscal ao produto estrangeiro (não onerado pelo PIS/COFINS sobre receita), criou-se, sob a autorização da norma constitucional ora analisada, a dupla PIS/COFINS-importação, com peso semelhante àquele que onera as operações internas (Lei n. 10.865/2004).

As contribuições especiais serão classificadas da seguinte forma:

I - Contribuições sociais:

a) Seguridade social;

b) Outras contribuições sociais; e

c) Contribuições sociais gerais.

II - Contribuição de intervenção no domínio econômico/CIDE

III - Contribuições corporativas

IV - Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública

IMPORTANTE! O fato de, em regra, as **contribuições especiais** terem os **produtos de suas arrecadações vinculados a determinada atividade**, levou alguns autores a defender que todas as etapas relativas a tal atividade, desde a arrecadação da contribuição até a realização das despesas, deveria ficar a cargo de uma mesma pessoa jurídica ou, ao menos, de um órgão autônomo.

Se o entendimento fosse seguido, o INSS, autarquia federal, deveria arrecadar, fiscalizar, administrar e aplicar as receitas das contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, de forma que seria ilegítima sua cobrança pela Receita Federal do Brasil, órgão da União.

O Supremo Tribunal Federal, quando instado a se pronunciar sobre o assunto, firmou entendimento contrário a essa corrente doutrinária:

"**O que importa perquirir não é o fato de a União arrecadar a contribuição**, mas se o produto da arrecadação é **destinado ao financiamento da seguridade social** (CF, art. 195, I). A resposta está na própria Lei 7.689, de 15.12.88, que, no seu art. 1º, dispõe expressamente que 'fica instituída a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social'. De modo que, se o produto da arrecadação for desviado de sua exata finalidade, estará sendo descumprida a lei, certo que, uma remota possibilidade de descumprimento da lei não seria capaz, evidentemente, de torná-la inconstitucional." (STF, Tribunal Pleno, RE 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso j. 01.07.1992, DJ 28.08.1992, p. 13.456).

Importante! Incumbe à Receita Federal do Brasil, órgão da União, a cobrança de todas as contribuições que outrora eram administradas pela autarquia previdenciária.

9.1 Contribuições sociais

As contribuições sociais são espécies de **contribuições especiais**. Segundo entendimento do STF, essa subespécie ainda está sujeita a mais uma subdivisão.

- Contribuições de **seguridade social**;
- **Outras** contribuições **sociais**;
- Contribuições **sociais gerais**.

9.1.1 Contribuições de seguridade social e outras contribuições sociais

As contribuições sociais para o financiamento da **seguridade social**, apesar de previstas no citado art. 149, da CF/1988, encontram algumas regras específicas no art. 195, da CF, dispositivo em que são relacionadas as bases econômicas sobre as quais podem incidir (fontes de financiamento).

Contudo, além daquelas fontes, o § 4º deste mesmo artigo permite que a União institua **novas fontes** destinadas à manutenção ou à expansão da seguridade social (classificadas pelo STF como "**outras contribuições sociais**").

Relembre-se que o art. 154, inc. I, autoriza que a União institua, mediante **lei complementar**, novos impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição Federal.

Assim, é possível dizer que a União possui duas espécies de **competência residual:**

a) Para instituir novos impostos; e

b) Para instituir novas contribuições sociais de financiamento da seguridade social.

Em ambos os casos, são necessárias:

- a instituição via **lei complementar**;
- a obediência à técnica da **não cumulatividade** e;
- a **inovação quanto às bases de cálculo e fatos geradores.**

Quanto ao último aspecto, o **STF** entende que a exigência de inovação só existe **dentro da própria espécie tributária**, ou seja, um novo **imposto** deve possuir base de cálculo e fato gerador diferentes daqueles que servem para incidência de **impostos** já existentes. Já uma nova **contribuição** só pode ser criada se o seu fato gerador e sua base de cálculo forem diferentes daqueles definidos para as **contribuições** já criadas. Percebe-se que, no entender do Tribunal, quando o § 4.º do art. 195 da CF exige, para a criação das contribuições residuais, obediência ao inciso I do art. 154 da mesma Carta, o cumprimento da exigência deve ser feito com as devidas adaptações.

IMPORTANTE! A exigência de utilização de lei complementar só é aplicável para a criação de novas contribuições (RESIDUAIS). Para a criação daquelas cujas fontes **já constam da constituição**, vale a

regra geral: a utilização de LEI ORDINÁRIA. Então, para regulamentar o PIS/PASEP, COFINS, CSLL, basta LEI ORDINÁRIA.

A respeito da desnecessidade de Lei Complementar (LC) para instituir as contribuições cujas fontes já constem da CF, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[2] citam uma importante decisão do STF, que sepultou entendimento até então defendido pelo STJ, relativo à revogação, por meio de lei ordinária, de uma isenção, estabelecida em LC, concernente à COFINS.

A COFINS foi instituída pela LC 70/91. A competência para instituir a COFINS encontra-se no art. 195, I, "b", da CF. Ocorre que, consoante explicado, o STF entende que a única contribuição de seguridade social que necessita ser instituída mediante LC é a que eventualmente seja criada no uso da **COMPETÊNCIA RESIDUAL** estabelecida pelo § 4º do art. 195. A *contrario sensu*, **todas as outras contribuições de seguridade social, cujas bases econômicas de incidência estão discriminadas na CF, podem ser instituídas por meio de LO.**

Acrescente-se a isso que o STF, há muito, assentou a **inexistência de hierarquia entre LC e LO**; quando ocorre conflito aparente entre uma LO e uma LC, este NÃO se resolve por critérios hierárquicos, mas sim constitucionais, tendo em conta a **materialidade própria a cada uma dessas espécies normativas**.

É dizer, se uma LO pretende alterar uma LC que tenha regulado matéria constitucionalmente reservada à LC, será inválida a LO, mas NÃO por ter desrespeitado uma pretensa hierarquia da LC, e sim por haver invadido matéria constitucionalmente reservada à LC.

Diversamente, se uma LC disciplinou matéria que não estava constitucionalmente reservada à LC, isto é, poderia ser simplesmente tratada por meio de LO, essa LC será considerada **materialmente LO**, e poderá ser alterada ou revogada por qualquer LO.

No caso em análise, a LC 70/91, em seu art. 6º, II, estabeleceu **isenção da COFINS** para as sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada. Posteriormente, uma LO (Lei 9.430/96), em seu art. 56, **revogou a isenção**, dispondo que tais sociedades civis estão sujeitas à COFINS.

Em julgado de sua primeira turma (RE 419.629/DF), o STF, citando como precedentes a ADC 1/DF e o RE 140.752/RJ, decidiu que:

> [....] no caso da revogação da isenção em tela, **não** caberia cogitar violação ao princípio da reserva constitucional de lei complementar, cuja obediência exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição; por outras palavras, **como a isenção instituída pelo**

[2] Direito tributário na constituição e no STF.

art. 6º, II, da LC 70/91 não é matéria constitucionalmente reservada à LC, esse dispositivo deve ser considerado, materialmente, Lei Ordinária, sendo, por isso, legítima a sua revogação pela Lei 9.430/96.

Esse entendimento de que a revogação foi válida encontra-se sumulado:

Súmula n. 508 do STJ: A isenção da Cofins concedida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais foi revogada pelo art. 56 da Lei 9.430/1996

RESUMINDO: Se **a CF já previu a base econômica** sobre a qual vai incidir determinada contribuição, esta pode ser criada **via lei ordinária;** se não, a criação só pode ocorrer via lei complementar.
DEVO LEMBRAR! Deve-se ter em mente que a **instituição de impostos** se dá em regra, por meio de **lei ordinária**, apesar da necessidade de uma **lei complementar** definindo seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Noventena:

A cobrança das **contribuições de seguridade social** está submetida a um **prazo de noventa dias (princípio da noventena),** contados da data em que for publicada a lei que as houver instituído ou aumentado.

Portanto, as **Contribuições de Seguridade Social obedecem a anterioridade nonagesimal, mas podem ser cobradas no mesmo exercício em que instituídas e majoradas, uma vez que o art. 195, § 6º, da CF, expressamente exclui tais contribuições da anterioridade**.

Bases de tributação:

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, as **contribuições para a seguridade social** são destinadas à **manutenção** ou à **expansão da seguridade social**, ou seja, o produto de sua arrecadação dever ser empregado no **custeio dos serviços relacionados à previdência social, à assistência e à saúde**.

São as bases de cálculos constitucionalmente previstas:

Art. 195: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Como visto, podem ser criadas contribuições para a seguridade social sobre fontes diferentes das arroladas nos incisos do art. 195, desde que: **criadas por LC sejam não cumulativas e possuam fatos geradores e bases de cálculo não coincidentes com os de outras contribuições da seguridade social.**

Cabe, ainda, citar a contribuição para o PIS/PASEP, expressamente mencionada no art. 239 da CF. Segundo a jurisprudência do STF, a contribuição para o **PIS/PASEP** enquadra-se como **contribuição de seguridade social**, estando, portanto, sujeita ao regime jurídico delineado no art. 195 da CF, podendo ser disciplinado por LO (RE 227.098/AL).

Tal enquadramento decorre do fato de o produto da arrecadação da contribuição para o PIS/PASEP destinar-se a **prestações relacionadas à seguridade social** – financia o programa do **SEGURO-DESEMPREGO, OUTRAS AÇÕES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL** e o **ABONO DE UM SALÁRIO MÍNIMO ANUAL** pago aos empregados que percebam até dois salários-mínimos de remuneração mensal.

Finalmente, calha mencionar a CPMF, que era uma contribuição de seguridade social, haja vista que o produto de sua arrecadação foi inicialmente vinculado integralmente ao custeio de ações e serviços de

saúde, e, na época em que foi extinta, era destinado à saúde, à previdência social e ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

EXTRA DIZER O DIREITO[3]

Imunidade tributária

Imunidade tributária consiste na determinação de que certas atividades, rendas, bens ou pessoas não poderão sofrer a incidência de tributos.

Trata-se de uma dispensa constitucional de tributo.

A imunidade é uma limitação ao poder de tributar, sendo sempre prevista na própria CF.

Onde estão previstas as hipóteses de imunidade tributária?

Como já dito, a imunidade tributária deverá ser sempre prevista na Constituição Federal.

As hipóteses mais conhecidas estão listadas no art. 150, VI, da CF/88.

Existem, contudo, inúmeras outras imunidades previstas ao longo do texto constitucional.

Veja alguns exemplos:

- Art. 5º, XXXIV, "a" e "b", LXXIII, LXXIV, LXXVI e LXXVII: imunidade que incide sobre "taxas".

- Art. 149, § 2º, I: imunidade referente a "contribuições sociais" e "CIDE".

- Art. 195, § 7º: imunidade incidente sobre "contribuições sociais".

Imunidade para entidades beneficentes de assistência social

A Constituição Federal conferiu imunidade para as entidades beneficentes de assistência social afirmando que elas estão dispensadas de pagar contribuições para a seguridade social. Veja:

Art. 195: [...]

***§ 7º -** São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.*

***Obs.:** apesar de a redação falar em "isentas", a doutrina afirma que se trata, efetivamente, de uma hipótese de imunidade. Não é um caso de "isenção".*

O § 7º do art. 195 da CF/88 traz dois requisitos para o gozo da imunidade:

***a)** que se trate de pessoa jurídica que desempenhe atividades beneficentes de assistência social; e*

[3] CAVALCANTE. Márcio André Lopes. Dizer o direito. Extraído do sítio: http://www.dizerodireito.com.br/

b) *que esta entidade atenda a parâmetros previstos na lei.*

A lei a que se refere o § 7º é lei complementar ou ordinária?

COMPLEMENTAR. *Esse assunto era extremamente polêmico na doutrina e na jurisprudência, mas o STF apreciou o tema sob a sistemática da repercussão geral e fixou a seguinte tese:*

Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar.

STF. Plenário. RE 566622, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2017 (repercussão geral).

Como vimos acima, as imunidades tributárias são classificadas juridicamente como "limitações constitucionais ao poder de tributar" e a CF/88 exige que este tema seja tratado por meio de lei complementar. Confira:

Art. 146: *Cabe à lei complementar:*

[...]

II - *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;*

Isso gera alguma confusão porque aprendemos logo no início da faculdade, que, quando a Constituição Federal fala apenas em "lei", sem especificar mais nada, ela está se referindo à lei ordinária. ***Ex.:*** *art. 5º, XXXII ("o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"). Trata-se do Código de Defesa do Consumidor, uma lei ordinária (Lei n. 8.078/90).*

Também aprendemos que a Constituição, quando quer exigir lei complementar, o faz expressamente. ***Ex.:*** *art. 18, § 2º ("Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.").*

O § 7º do art. 195, contudo, deve ser interpretado em conjunto com o art. 146, II. Assim, a Constituição exigiu sim lei complementar, mas não diretamente no § 7º do art. 195 e sim na previsão geral do art. 146, II.

Existe alguma lei que preveja os requisitos que deverão ser atendidos pela entidade para gozar da imunidade de que trata o § 7º, do art. 195, da CF/88?

SIM. *Segundo a jurisprudência, os requisitos são aqueles previstos no art. 14 do CTN. Assim, para gozarem da imunidade, as entidades devem obedecer às seguintes condições:*

a) *não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*

b) *aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*

c) *manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*

Mas o CTN (Lei 5.172/66) é uma lei ordinária ou complementar?

O CTN foi editado em 1966 como sendo uma lei ordinária. No entanto, ele foi "recepcionado com força de lei complementar pela Constituição Federal de 1967, e mantido tal status com o advento da Constituição Federal de 1988, visto que, tanto esta quanto aquela Magna Carta reservavam à lei complementar a veiculação das normas gerais em matéria tributária, a regulação das limitações ao poder de tributar e as disposições sobre conflitos de competência." (ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 249).

Em suma, atualmente, o CTN possui status de lei complementar e, portanto, atende o requisito do art. 146, II, da CF/88.

A Lei 9.732/98 alterou o art. 55 DA Lei 8.212/91 criando requisitos mais rigorosos para que as entidades beneficentes de assistência social pudessem gozar da imunidade tributária do § 7º do art. 195 da CF/88. Esta Lei 9.732/98 (atualmente revogada) pode ser considerada constitucional? Os requisitos por ela criados foram válidos?

NÃO. *Como já explicado, o § 7º do art. 195 da CF/88 exige lei complementar. A Lei n. 9.732/98 extrapolou os requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN criando obstáculos novos, adicionais aos já previstos na lei complementar, sendo, portanto, formalmente inconstitucional por afronta ao art. 146, II, da CF/88.*

Assim, as entidades beneficentes que preenchiam os requisitos do art. 14 do CTN, mas que não tiveram direito à imunidade por conta das exigências mais rigorosas da Lei n. 9.732/98 ganharam no STF a possibilidade de reaver o valor que pagaram a título de contribuições para a seguridade social.

CUIDADO!

Havia um precedente do STF em sentido contrário no qual se afirmava que o § 7º do art. 195 da CF/88 se contentava com lei ordinária. Veja:

(...) 20. A Suprema Corte já decidiu que o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação às exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista, determina apenas a existência de lei que as regule; o que implica dizer que a Carta Magna alude genericamente à "lei" para estabelecer princípio de reserva legal, expressão que compreende tanto a legislação ordinária, quanto a legislação complementar (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). (...)

STF. Plenário. RE 636941, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13/02/2014 (Info 735).

Este argumento está superado. O que vale atualmente é o seguinte:

Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar.

STF. Plenário. RE 566622, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2017 (repercussão geral).

Observação:

Este entendimento acima explicado (RE 566622) vale também para a imunidade prevista no art. 150, VI, "c", da CF/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Assim, a lei de que trata o art. 150, VI, "c", da CF/88 é uma lei complementar (atualmente, é o art. 14 do CTN).

EXTRA DIZER O DIREITO[4]

Os chamados PIS e COFINS são duas diferentes "contribuições de seguridade social", instituídas pela União. Atualmente, o PIS é chamado de PIS/PASEP.

PIS/PASEP

O sentido histórico dessas duas siglas é o seguinte:

- *PIS: Programa de Integração Social.*
- *PASEP: Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público.*

[4] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O valor pago a título de ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/217b4c71837fac172fabebfc299f755b>. Acesso em: 25/07/2018

O PIS e o PASEP foram criados separadamente, mas desde 1976 foram unificados e passaram a ser denominados de PIS/PASEP.

Segundo a Lei nº 10.637/2002, a contribuição para o PIS/Pasep incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

COFINS

Significa Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

A COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) é uma espécie de tributo instituída pela Lei Complementar 70/91, nos termos do art. 195, I, "b", da CF/88.

A COFINS incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (art. 1º da Lei nº 10.833/2003).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa "XX" (vendedora de mercadorias) é contribuinte de PIS/COFINS.

Com as mercadorias vendidas em maio, o total das receitas auferidas pela empresa no mês foi R$ 100 mil.

O fisco cobrou o PIS/PASEP e COFINS com base nesse valor (alíquota x 100 mil = tributo devido).

A empresa não concordou e afirmou que dos R$ 100 mil que ela recebeu, ficou apenas com R$ 75 mil, considerando que R$ 25 mil foram repassados ao Estado-membro a título de pagamento de ICMS.

Em suma, para a empresa, a quantia paga a título de ICMS não pode ser incluída na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

A tese da empresa foi acolhida pelo STF?

SIM. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS.

STF. Plenário. RE 574706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/3/2017 (repercussão geral) (Info 857).

A inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos fatururiam ICMS, o que não ocorre.

O ICMS apenas circula pela contabilidade da empresa, ou seja, tais valores entram no caixa (em razão do preço total pago pelo consumidor), mas não pertencem ao sujeito passivo, já que ele irá repassar ao Fisco. Em outras palavras, o montante de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do DF.

Dessa forma, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou a COFINS.

Qual a posição do STJ sobre o tema?

O STJ possuía entendimento consolidado em sentido contrário, mas, diante da decisão do STF em repercussão geral, teve que se curvar à posição do Supremo. Assim, o STJ decidiu que:

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.100.739-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 27/02/2018 (Info 621).

Concursos

Penso que a explicação acima seja suficiente para a grande maioria dos concursos (Juiz, MP, Defensoria, Procuradoria etc.). No entanto, se você estuda para concursos fiscais, é importante ler o acórdão na íntegra para se aprofundar no tema.

9.1.2 Contribuições sociais gerais

São contribuições sociais gerais aquelas destinadas a **outras atuações da União na área social** como o **salário educação** e as **contribuições para os serviços sociais autônomos** (CF, art. 212, § 5º).

De forma bem clara: "contribuições sociais **gerais**" são todas as contribuições sociais que não sejam contribuições de seguridade social. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

Ensina Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que, a **contribuição do salário educação**, uma das fontes de financiamento da educação básica pública, expressamente prevista no § 5º do art. 212 da CF, é um exemplo incontroverso de **contribuição social geral**, uma vez que a educação é matéria pertinente à Ordem Social (TÍTULO VIII da CF) e NÃO é uma das áreas em que se desdobra a seguridade social.

É citar o disposto na **Súmula n. 732, STF:** É constitucional a cobrança da contribuição do salário educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96.

Registre-se, ainda, que o STF reafirmou a CONSTITUCIONALIDADE da contribuição do salário-educação, com **repercussão geral**, no julgamento do RE 660.933/SP.

Nesta espécie há quem enquadre as contribuições para os Serviços Sociais Autônomos, previstas no art. 240, CF. O debate deve ser aprofundado.

Os chamados SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS são pessoas jurídicas de direito privado, **NÃO integrantes da administração pública**, mas que realizam atividades de interesse público (PARAESTATAIS) e, justamente por isso, **legitimam-se a ser destinatários do produto de arrecadação de contribuições.**

Tais contribuições, em virtude de possuírem base de cálculo idêntica à utilizada para o cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada a segurados do RGPS, **são normalmente cobradas em conjunto com estas**, não obstante a diferença no tocante ao destino da arrecadação. Configuram mais um exemplo clássico de **PARAFISCALIDADE**.

Boa parte da doutrina entende que as contribuições em debate são corporativas, o que teria por consequência imediata a impossibilidade de sua cobrança a instituições que não tenham por objeto social uma atividade enquadrada no âmbito de atuação do respectivo serviço social.

Ex.: Os estabelecimentos prestadores de serviço, por não estarem, diretamente, vinculados à noção de estrito comércio (vide SESC/SENAC), não estariam sujeitos ao tributo em destaque.

Segundo Ricardo Alexandre, a interpretação literal, neste caso, ignora os modernos conceitos de empresa e atos de comércio, em que ela abrange toda atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou para a prestação de serviços. Assim, nos atos de comércio também se enquadram os serviços, o que demanda uma análise mais cuidadosa da questão relativa aos contribuintes de SESC e SENAC.

Nessa linha, o **STJ**, julgando recurso representativo de controvérsia, afirmou que *"os empregados das empresas prestadoras de serviço não podem ser excluídos dos benefícios sociais das entidades em questão (SESC e SENAC) quando inexistente entidade específica que forneça os mesmos benefícios sociais e para a qual sejam vertidas contribuições de mesma natureza e, em se tratando de empresa prestadora de serviços, há que se fazer o enquadramento correspondente à Confederação Nacional do Comércio – CNC, ainda que submetida a atividade de outra Confederação, incidindo contribuições ao SESC e SENAC que se encarregarão de fornecer os benefícios sociais correspondentes"* (REsp 1.255.433 – SE).

Não obstante o acima exposto, **o STJ inclui as contribuições para os serviços sociais autônomos entre as contribuições sociais gerais**, sob o fundamento de tais tributos visarem a **benefícios às ordens social**

e econômica, de forma de que devem ser mantidos por toda a sociedade e não somente por determinadas corporações.

Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, essas entidades atuam principalmente nas áreas de **educação** e **aperfeiçoamento profissional** e o referido art. 240 da CF explicita que as contribuições tributárias que as custeiam NÃO são contribuições de seguridade social.

Segundo os autores, esse assunto foi tratado com clareza pelo STF no julgamento da constitucionalidade das duas contribuições criadas pela LC 110/2001 (ADIMC 2.556/DF e ADIMC 2.568/SP). A Corte Suprema – ao conceder medidas cautelares em ADI posteriormente confirmadas por decisões definitivas de mérito – entendeu que a natureza jurídica dos referidos tributos NÃO era a de contribuições de seguridade social, e SIM a de CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS GERAIS.

Relata-se que há forte controvérsia sobre a natureza jurídica das contribuições para os serviços autônomos, de forma que há decisão do STF enquadrando a contribuição para o SEBRAE como CIDE e as **demais como "gerais"** (RE- AgR 404.919).

Súmula n. 499 do STJ: As empresas prestadoras de serviços estão sujeitas às contribuições ao Sesc e Senac, salvo se integradas noutro serviço social.

A contribuição destinada ao SEBRAE possui natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149 da CF/88) e não necessita de edição de lei complementar para ser instituída.
STF. Plenário. RE 635682/RJ, rel. Min Gilmar Mendes, 25.4.2013. (Info 703)

Contribuições sociais gerais e a anterioridade

As contribuições sociais gerais **estão sujeitas** ao **princípio da anterioridade do exercício financeiro** (art. 150, III, "b"), sendo vedada a produção de efeitos, no mesmo ano de sua publicação, da lei que as institua ou aumente.

Elas não se submetem ao art. 195, § 6º, que estabelece o prazo nonagesimal **aplicável exclusivamente às contribuições de seguridade social**.

Entretanto, a partir da EC 42/2003, as contribuições de sociais gerais passaram a **estar sujeitas** à norma de **noventena inespecífica prevista na alínea "c" do inciso III do art. 150**, que alcança todos os tributos, ressalvadas, obviamente, as exceções arroladas no próprio texto constitucional – além de continuarem sujeitas à anterioridade do exercício financeiro. (MA VP)

Em resumo, aplicam-se às contribuições sociais gerais:

- A anterioridade do exercício; e

- A noventena prevista na alínea "c" do inciso III do art. 150.

9.2 Contribuições de intervenção no domínio econômico/CIDE

A **competência é exclusiva da União**, e seu exercício, por NÃO estar sujeito à reserva de lei complementar, pode se dar na via de lei ordinária ou da medida provisória.

IMPORTANTE! As CIDEs são tributos EXTRAFISCAIS.

Mas o que são tributos extrafiscais?

Os tributos extrafiscais são aqueles **cuja finalidade precípua não é arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos, mas sim intervir numa situação social ou econômica.**

Apesar de visarem a intervenção no domínio econômico, a técnica utilizada nas CIDEs tem sido, via de regra, um pouco diferente daquela vislumbrada nos exemplos estudados, quando se definiu **extrafiscalidade**. Neles, a intervenção se dava pela diminuição/aumento da carga tributária sobre a atividade cujo estímulo/desestímulo se desejava.

Já nas **CIDE**, a intervenção ocorre pela **DESTINAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO a uma determinada atividade**, que, justamente por conta desse "reforço orçamentário", tem-se por incentivada.

Na CIDE combustíveis, a única com fatos geradores delineados na própria CF, a intervenção também se concretiza pela destinação do produto da arrecadação a determinadas atividades.

Art. 177, § 4º, CF: A LEI (ordinária ou MP) que instituir **contribuição de intervenção no domínio econômico** relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

II - os recursos arrecadados **serão destinados**:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Mais recentemente, a EC 42/2003 ampliou bastante a previsão constitucional da incidência das CIDE nas operações de **importação**, uma vez que, originariamente, o inciso II do § 2º do art. 149 da CF previa a cobrança do tributo apenas sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Atualmente, todavia, a previsão abrange a **importação de produtos estrangeiros** ou **serviços**, expressão muito mais abrangente.

A União tem autonomia relativamente grande para instituir as CIDE, pois, desde que não se desvie do referido "elemento teleológico", a liberdade para a criação das CIDE é bastante ampla. Isso se deve ao fato de a CF/88 **não ter explicitado quais as bases econômicas sobre as quais o tributo pode incidir**.

Em seu texto originário a CF só mencionava as CIDE no *caput* do art. 149, atribuindo à União competência exclusiva para instituí-las, como instrumento de sua atuação nessa área. Segundo o STF como a CF não limitava os fatos geradores nem as bases de cálculo, tampouco exigia LC para a criação de CIDE, essas contribuições estariam sujeitas tão somente aos princípios constitucionais tributários gerais – já que, incontroversamente, elas são tributos. Em mais de uma ocasião, nossa Corte Suprema afirmou a **"dispensabilidade de LC para a criação de CIDE" (AI-AgR 739.715/TJ).** Além disso, frisou, de forma reiterada, que "não há na CF dispositivo que impeça a identidade de base de cálculo, fato gerador e alíquota entre a CIDE e outros tributos (RE-AgR 420.029/PR). (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

Um exemplo de CIDE instituída sob essas premissas temos naquela conhecida como CIDE-*royalties*, criada pela Lei 10.168/2000, com a finalidade de **"estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisas científicas e tecnológicas cooperativa entre universidades, centro de pesquisa e setor produtivo."** (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

Essa realidade foi um pouco alterada com a edição da EC 33/2001, a qual acrescentou parágrafos ao art. 149, estabelecendo algumas orientações e limitações a serem observadas na criação de CIDE. **Por ex.,** o § 2º do art. 149, no seu inc. III, passou a prever que podem ser adotadas para as CIDE alíquotas ***ad valorem***, tendo por base o **FATURAMENTO**, a **RECEITA BRUTA** ou o **VALOR DA OPERAÇÃO** e, no caso de importação, o **VALOR ADUANEIRO**, ou **alíquota específicas**, hipótese em que a base será uma **UNIDADE DE MEDIDA** (litros, quilos, metros cúbicos, etc). Ainda exemplificando, foi inserida uma IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, **impedindo a incidência dessas contribuições sobre as receitas decorrentes de exportação** (art. 149, § 2º, I).

É de interesse apontar, todavia, que nada mudou quanto à forma de instituição: **as CIDE podem ser criadas por meio de simples LO.** (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Quanto à CIDE-combustível, merece menção o fato de ter sido facultado ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas da CIDE-combustíveis (EXCEÇÃO PARCIAL AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE), não se aplicando, ademais, o princípio da anterioridade do exercício financeiro no restabelecimento da alíquota que fora desse modo reduzido (art. 177, § 4º, I, "b"). (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

9.3 Contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas – contribuições corporativas

São **contribuições corporativas** aquelas **criadas pela União** com o objetivo **parafiscal** de obter recursos destinados a financiar atividades de interesses de instituições representativas ou fiscalizatórias de categorias profissionais ou econômicas.

Anterioridade

Aplica-se à contribuição de interesse de determinada categoria profissional a anterioridade anual (ou de exercício) e a anterioridade nonagesimal (ou especial).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014: A União, ao instituir contribuição de interesse de determinada categoria profissional, poderá cobrá-la no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que a instituiu, pois o princípio da anterioridade, nesse caso, limita-se ao período de noventa dias.

Errado.

9.3.1 Contribuição sindical constitui tributo?

A CF prevê a criação de duas contribuições sindicais:

a) A contribuição fixada pela assembleia geral para o custeio do sistema confederativo do respectivo sindicato; e

b) Contribuição fixada em lei, cobrada de todos os trabalhadores.

A primeira sempre foi tida como **voluntária**, só sendo paga pelos trabalhadores que se sindicalizaram. A ausência de compulsoriedade aliada ao fato de a contribuição não ser criada por lei, denotam a ausência de natureza tributária da exação.

Em relação à segunda, há uma mudança recente sobre sua natureza.

Por muito tempo foi entendida, sem nenhuma dúvida, como tributo, pois atendia a todos os elementos constantes da definição de tributo, conquanto era instituída por lei e era compulsória para todos aqueles que participavam de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, ou, inexistindo esse, a Federação correspondente a mesma categoria econômica ou profissional.

Entretanto, a reforma trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, alterou a CLT e **colocou fim à compulsoriedade** dessa contribuição sindical, característica essencial no conceito de tributo[5]:

> **Art. 579.** O desconto da **contribuição sindical** está **condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem** de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

A contribuição sindical anual, portanto, **só será cobrada agora na folha de pagamento do empregado que prévia e expressamente a autorizar e quando notificado o empregador pelo sindicato.**

Com o atual texto da CLT, não há como encaixar a contribuição sindical como espécie de tributo, porque, como visto, tributo é todo aquele pago compulsoriamente pelo contribuinte.

Manifestação do STF:

Em face do texto da reforma trabalhista que retirou a compulsoriedade foram ajuizadas várias Ações Direta e Inconstitucionalidade no STF visando derrubar essa alteração.

Recentemente, em 29.06.2018, o STF manifestou-se sobre o caso, no sentido de declarar a **constitucionalidade** do ponto da reforma trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical.

O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794, em outras 18 ADIs ajuizadas contra a nova regra e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 55, que buscava o reconhecimento da validade da mudança na legislação. Como as ações tramitaram de forma conjunta, a decisão aplicou-se a todos os processos.

Um dos argumentos lançados foi o de não se admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a

[5] CTN, Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária **compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

se manter filiado a uma entidade sindical. Além disso, os Ministros concordaram que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não ofende a Constituição.

Assim, essa regra constitucional amplia a liberdade do trabalhador de se associar ou não a um sindicato e de contribuir ou não com essa representação.

9.3.2 Contribuições corporativas para o custeio das entidades de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas

Tem-se aqui uma típica utilização do tributo com **finalidade parafiscal**, uma vez que se está diante de um caso em que **o Estado cria o tributo por lei e atribui o produto de sua arrecadação a uma terceira pessoa que realiza atividade de interesse público.** Ex.: CREA, CRM, OAB, etc.

Existe profunda controvérsia jurisprudencial acerca da natureza jurídica dessas instituições e das contribuições por elas cobradas. Em geral tem-se feito uma separação entre a OAB, de um lado, e as demais entidades de outro.

A nota distintiva a justificar a diversidade de tratamento seria o fato de a OAB não se resumir a uma instituição que defende **interesses corporativos**, de forma que em relação às contribuições cobradas não poderiam ser apostas a expressão "de interesses de categorias profissionais ou econômicas".

No final de 2005, o **STJ** julgou embargos de divergência adotando entendimento em que, apesar de reconhecer a **OAB** como uma autarquia com características diferenciadas, **não atribui as contribuições por ela cobrada natureza tributária.**

Atualmente, o entendimento do **STF**, apesar de se distanciar do adotado pelo **STJ** no tocante ao enquadramento da OAB como autarquia ("a OAB não é uma entidade da administração indireta da União"), **daquele se aproxima, ao deixar clara a distinção entre a OAB e os conselhos de fiscalização de profissão.**

IMPORTANTE! Por conta das controvérsias, aconselha-se numa prova, a seguir o entendimento do STJ (NÃO atribuir às contribuições cobradas pela OAB natureza tributária).

9.4 A contribuição de iluminação pública/COSIP

Primeiramente, como visto em tópico anterior, é assente no STF o entendimento de que **o serviço de iluminação pública não atende aos requisitos de especificidade e divisibilidade, necessários a possibilidade de financiamento mediante a instituição de taxa.**

Sendo assim, foi editada a EC 39/2002, que incluiu o art. 149-A a CF.

Art. 149-A: Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir **contribuição**, na forma das respectivas leis, **para o custeio do serviço de iluminação pública (vinculado)**, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica.

A **competência constitucional** foi deferida aos **Municípios e ao DF**, que podem exercê-la por intermédio de **lei própria**, definindo com determinado grau de liberdade seu fato gerador, base de cálculo, alíquotas e contribuintes.

IMPORTANTE! O dispositivo deixa claro que a **arrecadação** da contribuição é **VINCULADA** ao **custeio do serviço de iluminação pública**, sendo, portanto, ilegítima qualquer espécie de tredestinação.

No âmbito do **Supremo Tribunal Federal**, ganha destaque julgamento plenário realizado em 25.03.2009, em que foram definidos importantíssimos aspectos relativos ao tributo (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009). O caso concreto submetido à Corte era relativo à contribuição de iluminação pública criada pelo Município de São José/SC. A lei institutiva do tributo (Lei Complementar Municipal 7/2002) **definia como contribuintes os consumidores residenciais e não residenciais de energia elétrica**. O valor a ser pago pelo contribuinte era calculado mediante **o rateio do custo do serviço entre os contribuintes, de acordo com os níveis individuais de consumo mensal de energia elétrica**, seguindo-se tabelas progressivas (quanto maior o consumo, maiores as alíquotas) constantes da própria lei (art. 2.º).

Neste ponto surge uma importante discussão:

Qual a correlação entre o consumo individual de energia elétrica e o valor que o consumidor verterá aos cofres públicos para contribuir com o serviço de iluminação pública?

Ricardo Alexandre, em sua obra, cita um bom exemplo: Imagine-se, a título de exemplo, que determinado proprietário de imóvel está estudando para concurso público e cancela as saídas à noite com os amigos, permanece mais em casa, utiliza mais o computador, o condicionador de ar e os demais eletrodomésticos.

É justo que ele seja obrigado a recolher um valor maior a título de contribuição, precisamente nos meses em que mais permaneceu em casa e menos "usou" individualmente do serviço de iluminação pública?

Para o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (recorrente) a situação configuraria agressão:

a) Ao princípio da **igualdade**, pois não apenas os consumidores de energia se beneficiavam do serviço de iluminação pública; e

b) Aos princípios da **isonomia** e da **capacidade contributiva**, pois os munícipes estariam vertendo contribuições diferenciadas – e, portanto, sendo discriminados – com base em um critério desarrazoado.

Com relação ao primeiro argumento, o Supremo entendeu que **seria impossível identificar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública,** para deles exigir uma contribuição. Relembrou que na própria regra constitucional que prevê a cobrança do tributo, é possibilitada a cobrança do tributo na fatura de consumo de energia elétrica, deixando implícito que os contribuintes seriam as pessoas físicas e jurídicas consumidoras.

Quanto à sistemática de cálculo, entendeu-se que a progressividade atendia ao princípio da isonomia e da capacidade contributiva, pois, usando as palavras do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, "*é lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais*".

É constitucional a aplicação dos recursos arrecadados por meio de contribuição para o custeio da iluminação pública na expansão e aprimoramento da rede ou ele somente pode ser destinado para despesas de execução e manutenção?

Segundo o STF, em julgamento do tema 696 (RE 666404), pode ser usada para a expansão e aprimoramento da rede.

Entendeu Supremo que o constituinte não pretendeu limitar o custeio do serviço de iluminação pública apenas às despesas de sua execução e manutenção. Pelo contrário, deixou margem a que o legislador municipal pudesse instituir a referida contribuição de acordo com a necessidade e **interesse local**, conforme disposto no art. 30, I e III, da CF.

A iluminação pública é indispensável à segurança e bem-estar da população local. Portanto, limitar a destinação dos recursos arrecadados com a contribuição ora em análise às despesas com a execução e manutenção significaria restringir as fontes de recursos que o Ente Municipal dispõe para prestar adequadamente o serviço público.

Diante da complexidade e da dinâmica características do serviço de iluminação pública, é legítimo que a contribuição destinada ao seu custeio inclua também as despesas relativas à expansão da rede, a fim de atender as novas demandas oriundas do crescimento urbano, bem como o seu melhoramento, para ajustar-se às necessidades da população local.

Foi firmada a seguinte tese:

É constitucional a aplicação dos recursos arrecadados por meio de contribuição para o custeio da iluminação pública na expansão e aprimoramento da rede (STF. Plenário. RE 666404, Rel. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moras, julgado em 18.08.2020).

IMPORTANTE! O STF entendeu que **a contribuição de iluminação pública é um tributo *sui generis*,** com peculiaridades próprias que o individualizam. Nas palavras da corte, **o tributo não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade especifica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.**

Como não se trata formalmente de um imposto, não é necessária lei de caráter nacional para definir fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art 146, III, a).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014: Segundo o STF, o custeio do serviço de iluminação pública constitui um tipo de contribuição de caráter *sui generis*, em que podem ser eleitos contribuintes os consumidores de energia elétrica, a base de cálculo pode ser definida conforme o consumo e, ainda, podem ser impostas alíquotas progressivas que consideram a quantidade de consumo e as características dos diversos tipos de consumidor.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PGM FORTALEZA, 2017: O fato gerador da contribuição de iluminação pública é a prestação de serviço público, específico e divisível, colocado à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.

Errado

ponto a ponto
Estudo planejado

MATERIAL DE APOIO

PROCESSO PENAL

Inquérito Policial

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO 3
2. FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL 4
3. VALOR PROBATÓRIO 9
4. PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL 13
5. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL 20
6. FORMAS DE ABERTURA DO INQUÉRITO POLICIAL 28
7.” NOTITIA CRIMINIS” 31
8. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL 34
9. INDICIAMENTO 36
10.INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO PRESO 41
11. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO 42
12. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL 47
13. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL 50
14. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL 57
15. INVESTIGAÇÃO DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO 58
16. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO 59
17. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA 61
18. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL 62

INQUÉRITO POLICIAL

Revisado em 17.01.2021.

Base do resumo:

Renato Brasileiro

Guilherme de Souza Nucci

Márcio André L. Cavalcante (Dizer o Direito)

1. INTRODUÇÃO

Conceito:

Inquérito policial é um

- procedimento administrativo **inquisitório** e **preparatório**
- consistente em um **conjunto de diligências**
- realizadas pela **polícia investigativa** e presidido pela **autoridade policial**,
- com o objetivo de **colher elementos de informação** (ou fontes de provas, como pessoas ou coisas)
- quanto à **autoria e a materialidade da infração penal**,
- a fim de **permitir que o titular da ação penal possa ingressar em juízo**.

Natureza jurídica do inquérito policial:

O inquérito policial é um **procedimento administrativo**, e não criminal. Por tal motivo, eventuais vícios constantes do inquérito policial não afetam a ação penal a que deram origem (HC 94034 STF), salvo na hipótese de provas obtidas por meios ilícitos. Por exemplo, uma prisão em flagrante que não é comunicada ao juiz enseja posterior relaxamento, por se tratar de ilegalidade. Porém, tal fato não contamina o processo penal.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, POLÍCIA FEDERAL, 2009: O inquérito policial tem natureza judicial, visto que é um procedimento inquisitório conduzido pela polícia judiciária, com a finalidade de reunir elementos e informações necessárias à elucidação do crime.

Errado.

IMPORTANTE! A lei n. 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, não alterou a natureza jurídica do inquérito. Com a Lei n. 13.245/2016 que prevê que

advogados terão o direito de assistir aos seus clientes durante a apuração de infrações sob pena de nulidade absoluta, há doutrina que entenda que o inquérito deixou de ser inquisitorial. Portanto, tal entendimento não se consolida, em razão de que para doutrina majoritária e para o STF, para que haja a referida nulidade precisa ser demonstrado prejuízo e que, a possibilidade de que advogado apresente razões e quesitos no curso da investigação criminal, não significa que exista direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial. (STF, Pet 7612).

[...] 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é **mera peça informativa**, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal. Precedentes. 3. **É inviável anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito, pois, segundo jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal, as nulidades processuais concernem tão somente aos defeitos de ordem jurídica pelos quais afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória**. Precedentes. 4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 131450, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-SC/JUIZ, 2019: É viável a oposição de exceção de suspeição à autoridade policial responsável pelas investigações, embora o IP seja um procedimento de natureza inquisitorial.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, Polícia Federal 2018: O fato de não ser cabível a oposição de exceção de suspeição à autoridade policial na presidência do IP faz, por consequência, que não sejam cabíveis as hipóteses de suspeição em investigação criminal.

Errado.

Atenção ao art. 107 do CPP que diz: "Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal". Assim sendo, atente-se para o fato de que não é possível a exceção de suspeição contra a autoridade, mas esta deve declarar-se suspeita.

2. FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial tem como finalidade a identificação de **fontes de prova** e a colheita de **elementos de informação** quanto à **autoria** e **materialidade** do delito.

Em que consistem as fontes de prova?

São **pessoas** ou **coisas externas ao processo** de onde se pode **extrair informações importantes acerca de determinado fato delituoso**. Quando entram no processo, as fontes de prova passam a ser **meios de prova**, portanto os conceitos não se confundem. Como exemplo, pessoas que presenciaram uma importunação sexual dentro de um coletivo, bem como as câmeras de monitoramento, são fontes de prova. Aos serem as testemunhas ouvidas no processo e as imagens juntadas, passam a ser meios de prova.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, POLÍCIA FEDERAL, 2018: Depois de adquirir um revólver calibre 38, que sabia ser produto de crime, José passou a portá-lo municiado, sem autorização e em desacordo com determinação legal. O comportamento suspeito de José levou-o a ser abordado em operação policial de rotina. Sem a autorização de porte de arma de fogo, José foi conduzido à delegacia, onde foi instaurado inquérito policial.

Tendo como referência essa situação hipotética, julgue o item seguinte.

O inquérito instaurado contra José é procedimento de natureza administrativa, cuja finalidade é obter informações a respeito da autoria e da materialidade do delito.

Certo.

Não é correto dizer que o inquérito colhe prova, já que a prova é aquela colhida exclusivamente no âmbito da ação penal. Inclusive, o juiz não pode basear sua decisão exclusivamente nos elementos de informação contidos no inquérito, só podendo utilizá-las subsidiariamente. Isso se deve ao fato da informação colhida no inquérito, como regra, não ter garantia de ampla defesa e contraditório (art. 155 CPP). Há ressalvas para as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Mas o que são elementos de informação?

São aqueles **produzidos na fase investigatória**. Neles, não é obrigatória a observância da ampla defesa e do contraditório, em razão do elemento surpresa e do sigilo das investigações.

O juiz deve intervir apenas quando necessário (cláusula de reserva de jurisdição: existem direitos e garantias individuais só podem ser afastados através de uma decisão judicial, ex. interceptação telefônica, prisão temporária, prisão preventiva, violação domiciliar, busca e apreensão), e desde que seja provocado nesse sentido (ao juiz não é dado agir de ofício na fase investigatória sob pena de macular a imparcialidade, deve ser provocado pela autoridade policial ou pelo membro do MP).

Qual é a finalidade dos elementos informativos?

A finalidade dos elementos informativos são as seguintes:

a) Úteis para a decretação de medidas cautelares (o juiz não pode deferir o pedido de medidas cautelares sem que exista o fumus *comissi delicti*: indícios de materialidade e autoria);

b) Auxiliam a formação da *opinio delecti* ou convicção.

A força probatória do inquérito é **endoprocedimental**, é limitada, só podendo ser levada em consideração quando **confirmadas na fase processual**, fase esta que são oportunizadas a ampla defesa e o contraditório. Outrossim, tais elementos não devem ser desprezados durante a fase judicial, podendo se somar à prova produzida em juízo para auxiliar na formação da convicção do magistrado.

Como caiu em prova:

FAPEMS, PC-MS/DELEGADO, 2017 (Adaptada): A possibilidade de o juiz condenar ou não o réu com base nos elementos de informação contidos no inquérito policial, sem o crivo no contraditório na fase judicial, é tema de antiga discussão no processo penal brasileiro. Nesse contexto, a condenação do réu deve sempre ser fundamentada em provas colhidas com respeito ao direito do contraditório judicial, ainda que o magistrado utilize elementos informativos na formação de seu convencimento.

Certo.

FAPEMS, PC-MS/DELEGADO, 2017 (Adaptada): A possibilidade de o juiz condenar ou não o réu com base nos elementos de informação contidos no inquérito policial, sem o crivo no contraditório na fase judicial, é tema de antiga discussão no processo penal brasileiro. Nesse contexto, os elementos de informações colhidos no inquérito policial podem fundamentar sentença condenatória, quando não há prova judicial para sustentar a condenação, haja vista o princípio da verdade real.

Errado.

IADES, SEAP-GO/AGENTE DE SEGURANÇA PRISIONAL, 2019 (Adaptada): Os elementos de informação,

colhidos na fase inquisitorial, jamais serão admitidos como base de convicção jurisdicional.

Errado.

IADES, SEAP-GO/AGENTE DE SEGURANÇA PRISIONAL, 2019 (Adaptada): Levando-se em consideração que os elementos de informação quanto à autoria e à materialidade do delito não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, deduz-se que o inquérito policial tem valor probatório relativo.

Certo.

Com relação a prova no inquérito policial, como ela é produzida?

Em regra, a prova é produzida na fase judicial (art. 155 CPP). Porém, há **ressalvas** para as provas **cautelares** (ex. interceptação telefônica), **não repetíveis** (ou não renováveis – ex. perícia, já que os vestígios tendem a desaparecer) e **antecipadas** (ex. ouvida de testemunha que está prestes a morrer). Estas ocorrem quando houver perigo do seu perecimento. Podem ser produzidas na fase de inquérito, desde que seja instaurado um novo procedimento junto ao juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa (art. 225 CPP). Tais elementos ganham *status* de prova, sendo valoradas na sentença;

Qual é a diferença entre as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas?

Provas cautelares: São aquelas em que há um **risco de desaparecimento do objeto da prova** em razão do decurso do tempo. Podem ser produzidas na **fase investigatória** e na **fase judicial**. **Dependem de autorização judicial**; sendo que o **contraditório será diferido** (postergado). Ex.: interceptação telefônica.

Provas não repetíveis: São aquelas que uma vez produzidas não tem como ser novamente coletada em razão do **desaparecimento da fonte probatória**. Podem ser produzidas na **fase investigatória** e na **fase judicial**. **NÃO dependem de autorização judicial**, sendo que o **contraditório será diferido**. Ex.: exame de corpo e delito em casos de lesão corporais que tendem a desaparecer com o tempo.

Provas antecipadas: São aquelas produzidas com a observância do **contraditório real** em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de **situação de urgência e relevância** (única testemunha de um crime que está morrendo). Podem ser **produzidas na fase investigatória e na fase judicial**. **Dependem de autorização judicial**, sendo que o **contraditório será real** (contraditório para prova) Ex.1: art. 225, CPP, chamado de depoimento *ad perpetum rei memoriun*, testemunha ouvida fora do momento processual correto; Ex.2: Depoimento sem dano previsto no art. 8º e 11 da Lei nº 13.431/2017, que preveem que o depoimento de crianças menores de 7 anos e de vítimas de violência sexual será colhido como prova antecipada, para evitar revitimização.

E como fica o contraditório nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas?

O contraditório é **diferido** ou **postergado**.

O contraditório diferido ou postergado ocorre sempre que o contraditório não ocorrer no momento, mas apenas após uma decisão, ou uma produção de provas. Ou seja, as provas cautelares, não repetíveis, colhidas no inquérito são objeto do contraditório apenas na fase processual, e a esse contraditório, chama-se de diferido ou postergado.

3. VALOR PROBATÓRIO

Como vimos, a finalidade de toda e qualquer investigação preliminar, seja ela um inquérito policial, seja ela um procedimento investigatório criminal, é a identificação das **fontes de provas da autoria e materialidade**, e, por conseguinte, conseguir colher os **elementos informativos**. Tudo isso para auxiliar a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

A respeito da desnecessidade do contraditório e ampla defesa na fase investigativa, prevalecia, antes da Lei 13.964/19, o entendimento de que, de **modo isolado**, elementos produzidos na fase investigatória **não poderiam servir de fundamento para um decreto condenatório**, sob pena de violação ao preceito constitucional do art. 5º, inc. LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Precedentes: STF, HC 96.356 RS; STF, RE 136.239 SP; STJ, AgRg no REsp 1.740.921-GO).

CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**.

Como caiu em prova:

VUNESP, PC-SP/DELEGADO, 2014 (Adaptada): No processo penal, a prova produzida durante o inquérito policial tem o mesmo valor que a prova produzida judicialmente.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014: Ainda que o contraditório e a ampla defesa não sejam observados durante a realização do inquérito policial, não serão inválidas a investigação criminal e a ação penal subsequente.

Certo.

UEG, PC-GO/DELEGADO, 2013 (Adaptada): Quanto ao inquérito policial, tem-se o seguinte: possui valor probatório relativo, podendo o magistrado fundamentar sua sentença condenatória exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Errado.

E para absolver o réu, o juiz pode se basear apenas nos elementos informativos produzidos no IPL?

SIM. Apesar da redação da lei dizer que o juiz não deve decidir com base nos elementos exclusivos do inquérito policial, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que o juiz não pode condenar exclusivamente com base nessas provas, pois não foram submetidas ao contraditório e a ampla defesa, mas ele pode absolver com base nesses mesmos elementos.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, DPF, 2013: O valor probatório do inquérito policial, como regra, é considerado relativo, entretanto, nada obsta que o juiz absolva o réu por decisão fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação.

Certo.

Então esses elementos informativos devem ser descartados na fase da ação penal?

NÃO. Não se deve despreza-los por completo, pois eles podem se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como elemento de convicção do juiz.

Outrossim, o simples fato de já haver processo penal instaurado não altera a natureza da prova obtida pela autoridade policial, que continuam a ser regidas pelos princípios próprios da investigação, dispensando-se, portanto, o contraditório. Entretanto, deve-se lembrar que estas provas não podem fundamentar, isoladamente, a sentença. Nesse sentido, cite-se esse entendimento do STJ:

(...) 6. O simples fato de já haver processo penal deflagrado não altera a natureza das provas colhidas pela autoridade policial, que permanecem inquisitivas, prescindindo de contraditório para a sua obtenção, cuja validade para a formação da convicção do magistrado está condicionada à observância do preceito contido no artigo 155 do Código de Processo Penal. (STJ, RHC 36.109/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 12.02.2015, DJe 25.02.2015)

Como caiu em prova:

FUNIVERSA, SEAP-DF, 2015: O fato de já existir processo penal deflagrado não altera a natureza das provas colhidas pela autoridade policial, que permanecem inquisitivas, prescindindo-se de contraditório para a obtenção dessas provas.

Certo.

Alteração da Lei 13.964/19:

Recentemente, a referida lei introduziu no CPP o seguinte dispositivo:

> **CPP, Art. 3º-C, § 3º.** Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Esse dispositivo dá a entender que o legislador determinou a exclusão física da investigação preliminar dos autos do futuro processo judicial.

Segundo Renato Brasileiro (2020) "há quem entenda que foi mantida a sistemática do art. 12 do CPP, é dizer, os autos de inquérito policial deverão continuar acompanhando a denúncia ou queixa, sempre que servirem de base a uma ou outra". Trata-se de uma interpretação restritiva do citado dispositivo legal.

Fosse a intenção do legislador ter alterado a sistemática até então vigente, deveria ter revogado expressamente o art. 12 do CPP, bem como alterado a redação do art. 155, *caput*, do CPP, o que não foi feito. Cite-se o teor dos citados artigos:

> **Art. 12.** O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.
>
> (...)
>
> **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Por sua vez, Renato Brasileiro defende uma interpretação sistemática à luz de todas as mudanças decorrentes da criação de um juiz das garantias em sede processual penal, para fins de se concluir que, doravante, o juiz da instrução e julgamento não mais poderá ter contato com os elementos informativos produzidos na fase investigatória, o que, em tese, visa evitar uma possível contaminação da imparcialidade do futuro julgador do processo com atos que foram produzidos unilateralmente, ou seja, sem contraditório e ampla defesa.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

Assim, o autor entende que o juiz da instrução e julgamento deverá receber apenas o sumário da primeira fase, contendo as provas irrepetíveis, antecipadas, e os meios de obtenção de prova, autuadas e modo incidental e separadas em blocos distintos, e não os autos na totalidade, os quais deverão permanecer acautelados na secretaria do juiz das garantias.

IMPORTANTE! Apesar dos comentários o aluno tem que saber que o Min. Luiz Fux, relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu a eficácia, *ad referendum* do plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), afirmando, ademais, que a concessão dessa medida cautelar não teria o condão de interferir nem suspender os inquéritos e processo então em andamento (J. 22.01.2020).

4. PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

Para entender melhor quem preside o inquérito policial, primeiro é preciso entender quais são as funções exercidas pelas polícias previstas no art. 144 da CF (Da segurança pública):

Funções de polícia administrativa: ostensiva, para evitar a ocorrência de ilícito, tentar dissuadir eventuais práticas delituosas. Polícia Militar.

Funções de polícia judiciária: quando a polícia auxilia o Poder Judiciário. Após a prática de um crime. Ex. cumprimento de mandado de prisão (art. 144, IV, CF)

Funções de polícia investigativa: quando atua na apuração de infrações penais e de sua autoria (art. 144, I, CF). Para quem não adotar a classificação que diferencia essas funções, pode dizer que quem preside o inquérito policial é a **autoridade de polícia investigativa**. Obs.: excepcionalmente a polícia militar pode atuar nessa função nos crimes militares.

Obs.: Parte da doutrina entende que as polícias investigativas e judiciária são as mesmas, não há distinção. Aqui adotaremos este entendimento.

Policiais penais – Emenda Constitucional nº 104, de 2019:

A **Emenda Constitucional nº 104, de 2019**, acrescentou ao art. 144 da CF a figura das **policiais penais federal, estaduais e distrital (inciso VI)**. As policiais penais exercem a função ostensiva dentro dos presídios federal, estaduais ou distrital. Não realizam a função ostensiva fora deles.

A polícia penal exerce alguma função investigatória?

NÃO. À polícia penal não foi atribuída nenhuma função investigatória, ainda que se trate de eventual crime cometido em estabelecimentos penais.

CF, Art. 144, § 5º-A: Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

Portanto, apenas cabe a segurança dos estabelecimentos penais, substituindo o que antes chamava agentes penitenciários ou equivalentes.

Atribuição em face da natureza da infração penal:

- **Crimes militares:** recai a atribuição para as investigações sobre a autoridade de polícia judiciária militar, a quem compete determinar a instauração de inquérito policial militar (IPM), seja no âmbito das Polícias Militares ou Corpos de Bombeiros, nos crimes da alçada da Justiça Militar Estadual, seja no âmbito do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica, em relação aos crimes militares de competência da Justiça Militar da União.
- **Crimes federais:** Na competência federal, a atribuição para as investigações de infrações penais é da Polícia Federal. Nos termos do art. 144, § 1º, I, primeira parte, da CF, à Polícia Federal incumbe a apuração de infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Ademais, de acordo com o art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna, cabe à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
- **Crimes eleitorais:** A Justiça eleitoral é tida como Justiça da União, sendo assim, a atribuição para a realização das investigações é, precipuamente, da Justiça Federal.

  Por que precipuamente?

  Porque o TSE já se pronunciou no sentido de que, ocorrendo um crime eleitoral em município onde não haja órgão da Polícia Federal, nada impede que sua investigação seja efetivada pela Polícia Civil (TST, HC 439, J. 27.06.2003)

- **Crimes estaduais:** Nos crimes de atribuição da Justiça Estadual as investigações são atribuídas à Polícia Civil, como regra. Entretanto, por força da própria CF, também é possível a atuação da polícia Federal.

Qual a diferença entre a Polícia Federal e as Policiais Civis, no que tange as atribuições investigativas?

A Polícia Federal tem atribuições bem mais amplas do que a competência da justiça estadual, uma vez que, além de investigar todos os crimes de competência federal, ela ainda deve investigar crimes da competência estadual cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme (Decreto nº 73.332/73). Neste caso, tanto a Polícia Federal, quanto a Polícia Civil podem investigar, ao mesmo tempo (art. 144, § 1º, CF).

Há nulidade na ação penal instaurada a partir de elementos informativos colhidos em inquérito policial

que não deveria ter sido conduzido pela Polícia Federal, considerando que a situação não se enquadrava no art. 144, §1º da CF?

NÃO. Nesse sentido:

[1]Caso concreto: a Polícia Federal, sob a supervisão do Ministério Público estadual e do Juízo de Direito, conduziu inquérito policial destinado a apurar crimes de competência da Justiça Estadual. Entendeu-se que a Polícia Federal não tinha atribuição para apurar tais delitos considerando que não se enquadravam nas hipóteses do art. 144, § 1º da CF/88 e do art. 1º da Lei nº 10.446/2002.

A despeito disso, o STF entendeu que não havia nulidade na ação penal instaurada com base nos elementos informativos colhidos.

O fato de os crimes de competência da Justiça Estadual terem sido investigados pela Polícia Federal não geram nulidade. Isso porque esse procedimento investigatório, presidido por autoridade de Polícia Federal, foi supervisionado pelo Juízo estadual (juízo competente) e por membro do Ministério Público estadual (que tinha a atribuição para a causa).

O inquérito policial constitui procedimento administrativo, de caráter meramente informativo e não obrigatório à regular instauração do processo-crime, cuja finalidade consiste em subsidiar eventual denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público, razão pela qual irregularidades ocorridas não implicam, de regra, nulidade de processo-crime.

O art. 5º, LIII, da Constituição Federal, afirma que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Esse dispositivo contempla o chamado "princípio do juiz natural", princípio esse que não se estende para autoridades policiais, considerando que estas não possuem competência para julgar.

Logo, não é possível anular provas ou processos em tramitação com base no argumento de que a Polícia Federal não teria atribuição para investigar os crimes apurados.

A desconformidade da atuação da Polícia Federal com as disposições da Lei nº 10.446/2002 e eventuais abusos cometidos por autoridade policial, embora possam implicar responsabilidade no âmbito administrativo ou criminal dos agentes, não podem gerar a nulidade do inquérito ou do processo penal.

STF. 1ª Turma. HC 169348/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17.12.2019 (Info 964).

[1] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não há nulidade na ação penal instaurada a partir de elementos informativos colhidos em inquérito policial que não deveria ter sido conduzido pela Polícia Federal considerando que a situação não se enquadrava no art. 1º da Lei 10.446/2002. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d347df3d73566108aa6d1b5d37b59703>. Acesso em: 22.07.2020

Esquematizando:

Competência criminal	Autoridade policial presidente
Justiça Militar da União	Inquérito Policial Militar (IPM), presidido por um **Oficial das forças armadas** designado pelo Comandante, sem necessidade de ter formação em direito.
Justiça Militar dos estados	Inquérito Policial Militar (IPM), presidido por um **Oficial da PM ou CBM** designado pelo Comandante, sem necessidade de ter formação em direito.
Justiça Federal	Delegado de Polícia Federal
Justiça Eleitoral (crimes federais são de competência da Just. Federal)	Delegado de **Polícia Federal**. Onde não tiver delegacia federal, pode ser a Polícia Civil (HC 439 TSE).
Justiça Estadual	Delegado de Polícia Civil ou Polícia Federal (na exceção constitucional acima apontada)

MP pode assumir a presidência de um inquérito policial?

NÃO. A presidência do inquérito policial, em regra, é da autoridade policial, sendo a atribuição determinada, a princípio, pela natureza da infração penal praticada, valendo lembrar que eventual investigação policial em andamento somente poderá ser avocada ou redistribuída por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 4º).

Não há que se falar em presidência de inquérito policial por membro do Ministério Público. Não foi dada essa atribuição pela CF.

Como caiu em prova:

FCC, TRE-RO, 2013 (Adaptada): A função institucional de exercer o controle externo da atividade policial que lhe é atribuída pela Constituição Federal NÃO permite que o representante do Ministério Público, no inquérito policial, assuma a presidência do inquérito no lugar da autoridade policial.

Certo.

PGR/PROCURADOR DA REPÚBLICA (BANCA PRÓPRIA), 2005 (Adaptada): A sua presidência cabe a

autoridade policial, que deve Instaurá-lo quando houver requisição do Juiz ou do Ministério Público, salvo se a solicitação for manifestamente ilegal ou desmotivada, devendo o Delegado, nestas hipóteses, comunicar a razão que inviabiliza o seu atendimento.

Certo.

VUNESP, PC-SP/DELEGADO DE POLÍCIA, 2018 (Adaptada): Para saber qual é a autoridade policial competente para um certo inquérito policial, utiliza-se o critério *ratione loci* ou *ratione materiae*.

Certo.

Obs 1: Se o crime for dotado de repercussão interestadual ou internacional e houver previsão legal, a investigação será feita pela polícia federal.

Obs 2: as atribuições da Polícia Federal são mais amplas que a competência criminal da Justiça Federal.

A Polícia Federal investiga apenas crimes de competência da Justiça Federal[2]?

NÃO. Em regra, a Polícia Federal é responsável pela investigação dos crimes que são de competência da Justiça Federal. Isso porque uma das principais funções da PF é exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. No entanto, a Polícia Federal investiga também outros delitos que não são de competência da Justiça Federal. As atribuições da Polícia Federal estão previstas inicialmente no art. 144 da CF/88:

Art. 144.

§1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Inciso I do § 1º do art. 144 da CF/88

Se você observar a redação do inciso I do § 1º do art. 144 acima transcrito verá que ela é bem ampla, especialmente na sua parte final, que diz que compete à Polícia Federal apurar "outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei". Desse modo, a Polícia Federal tem atribuição para investigar crimes que tenham repercussão interestadual ou internacional e exijam repressão uniforme. Que crimes são esses? A CF/88 afirma que a relação desses crimes deverá ser prevista em lei. Que lei é esta? A Lei nº 10.446/2002, cuja ementa é a seguinte:

Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição.

A Lei nº 10.446/2002, em seu art. 1º, traz uma lista de crimes que foram escolhidos pelo legislador e que podem ser investigados pela Polícia Federal. No caso dos delitos previstos neste art. 1º, não importa se eles serão ou não julgados pela Justiça Federal. A atribuição para investigá-los poderá ser da Polícia Federal independentemente disso. Assim, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, a Polícia Federal poderá investigar as seguintes infrações penais:

I – sequestro e cárcere privado (art. 148, do CP) e extorsão mediante sequestro (art. 159), se: - o agente foi impelido por motivação política ou - quando o crime foi praticado em razão da função pública exercida pela vítima.

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei nº 8.137/90);

III – crimes em que haja violação a direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir em tratados internacionais;

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação;

V – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273 do CP);

VI – furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação;

VII – quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.

Obs: a Polícia Federal irá investigá-los sem prejuízo da responsabilidade das Polícias Militares e Civis dos Estados, ou seja, tais órgãos de segurança pública também poderão contribuir com as investigações.

Fora essa lista, a Polícia Federal poderá investigar outros crimes? SIM. A lista do art. 1º da Lei nº 10.446/2002 é exemplificativa. Assim, o Departamento de Polícia Federal poderá investigar outras infrações penais que não estejam nesta lista, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça e que a infração tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme. Essa autorização mais genérica está prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.446/2002.

[2] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não há nulidade na ação penal instaurada a partir de elementos informativos

Além dos citados, acrescente-se a competência da Polícia Federal para investigação criminal relativa à Lei Antiterrorismo. (Art. 11 da Lei n. 13.260/16[2])

[2] Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

5. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial possui as seguintes características:

- **Escrito;**
- **Dispensável;**
- **Sigiloso;**
- **Inquisitorial;**
- **Indisponível;**
- **Procedimento oficial e oficioso;**
- **Temporário.**

Escrito (art. 9º CPP):

Nos termos do art. 9º do CPP, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Obs.: Embora haja obrigatoriedade de o inquérito ser escrito, há a possibilidade de haver gravação audiovisual, com base na possibilidade do mesmo procedimento, na fase processual.

Dispensável:

Se o titular da ação penal contar com elementos de informação quanto à autoria ou materialidade, poderá dispensar o inquérito policial. O inquérito é o principal meio de investigação, mas não é o único. Ex. nos crimes financeiros, não há possibilidade de abertura de inquérito policial, já que todos os elementos de prova constam de documentos financeiros (art. 39, § 5º, CPP).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-SC JUIZ SUBSTITUTO, 2019: O IP, por consistir em procedimento indispensável à formação da opinio delicti, deverá acompanhar a denúncia ou queixa criminal.

Errado.

Sigiloso (CPP, art. 20):

A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação dos fatos. Inerente à eficácia das investigações (art. 20 CPP). Juiz e promotor possuem amplo e irrestrito acesso a todos os inquéritos. O

advogado possui acesso a inquérito, **inclusive, sem procuração** e podendo tirar cópias (art. 7º, XIV, Estatuto da OAB e art. 5º LXIII, CF), mas o acesso **NÃO** é amplo e irrestrito, limitando-se aos elementos já inclusos no inquérito, **não tendo acesso às interceptações telefônicas e demais diligências em andamento – sigilo interno** (SV n. 14). Em regra, advogado não precisa de procuração, mas se o inquérito contiver elementos sigilosos, como sigilo telefônico e fiscal, deverá haver procuração. Caso o delegado não dê o acesso ao inquérito que o advogado tem direito, este pode oferecer Reclamação ao STF pelo descumprimento da súmula vinculante n. 14; MS em seu nome, defendendo seu direito líquido e certo de acesso ao inquérito ou ainda; HC preventivo em nome do seu cliente, já que poderá estar havendo um potencial risco na limitação do seu direito de liberdade.

Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XII – examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos dos processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de prova, com possibilidade de tomar apontamentos; (Redação dada pela Lei nº 13.793, de 2019)

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos; (...)

Como caiu em prova:

CESPE, TJ-SC Juiz Substituto, 2019: Não poderá haver restrições de acesso, com base em sigilo, ao defensor do investigado, que deve ter amplo acesso aos elementos de prova já documentados no IP, no que diga respeito ao exercício do direito de defesa.

Certo.

FAPEMS, PC-MS/DELEGADO DE POLÍCIA, 2017 (Adaptada): Eurípedes, advogado contratado pela família de Haroldo, preso em flagrante, dirige-se até a Delegacia de Polícia para iniciar a defesa de seu cliente. Para tanto, solicita acesso aos autos do inquérito policial instaurado para a apuração do crime, o que é negado pelo escrivão de polícia sob o argumento de que o procedimento é sigiloso. O advogado, inconformado com a negativa, aguarda o atendimento pelo Delegado de Polícia, que não deve conceder vista dos autos sem autorização judicial, caso a investigação seja referente à organização criminosa e tenha sido decretado o sigilo pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias.

Certo.

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma negou provimento ao agravo regimental em que se discutia a necessidade de intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial, sob pena de nulidade dos atos processuais (Informativo 916). O agravante alegava ser impositiva a participação do advogado na colheita de depoimentos no curso de inquérito policial, de acordo com a recente alteração do art. 7º, XXI da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), promovida pela Lei 13.245/2016. A Turma entendeu que, por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado precipuamente à formação do opinio delicti, **o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do acusatório e da ampla defesa**. Esse entendimento justifica-se pelo fato de os elementos indiciários não se prestarem, por si sós, ao juízo penal condenatório. **As alterações legislativas implicaram reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial**. STF. 2ª Turma. Pet 7612/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12.03.2019 (Info 933).

O art. 93 da CF se aplica aos inquéritos policiais?

Como regra, não. A publicidade constitucional constante no art. 93 da CF aplica-se aos processos judiciais. Todavia, o inquérito não é um processo judicial, sendo sigiloso por excelência, a fim de assegurar uma melhor investigação. O inquérito policial objetiva investigar infrações penais, identificando provas e coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, assim, a publicidade deve ser mitigada em prol da efetividade.

***Inquisitorial**:*

Posição majoritária: prevalece o entendimento que no Inquérito policial não é obrigatória a observância do contraditório ou ampla defesa (caráter inquisitorial). No entanto, no curso do inquérito, para evitar qualquer violência ou coação ilegal é comum os delegados, na medida do possível, permitirem presença da defesa nas diligências.

Segundo Renato Brasileiro, as mudanças legislativas produzidas pela Lei 13.245/16 não têm o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares. Na verdade, preserva esta natureza, o que houve foi a outorga de um viés mais garantista à investigação.

Recentemente, o STF negou pedido para que a defesa fosse intimada previamente para participar da oitiva de testemunhas durante o inquérito policial.

Concluiu que, sem embargo da alteração do art. 7º, inciso XXI, do Estatuto da OAB pela Lei n. 13.245/16, não há necessidade de intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial, sob pena de nulidade. Por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado precipuamente à formação do *opinio delicti*, o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do acusatório e da ampla defesa. Esse entendimento justifica-se pelo fato de os elementos indiciários não se prestarem, por si sós, ao juízo penal condenatório. É dizer, as alterações legislativas implicaram reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial (STF, Pet 7.612/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12.03.2019)

"Assim, apesar de o contraditório diferido e a ampla defesa não serem aplicáveis ao inquérito policial, que não é processo, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação policial, entre os quais o direito ao silêncio, o de ser assistido por advogado se assim optar (Lei n. 13.869/19, art. 15, parágrafo único, inciso II), etc. Aliás, como visto antes, do plexo de direitos dos quais o investigado é titular, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos do inquérito policial (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV), tal qual preceitua a súmula vinculante nº 14 do Supremo. Logo, se houver, no curso do inquérito, momentos de violência e coação ilegal, há de se assegurar a ampla defesa ao investigado. Daí por que o STJ deferiu ordem em habeas corpus para assegurar que a oitiva de testemunhas e a quebra do sigilo telefônico, requeridas pelo investigado, e indeferidas pela autoridade policial, fossem levadas adiante no curso da investigação" (STJ, 6ª Turma, HC 69.405/SP). (BRASILEIRO, Renato)

Em resumo: é obrigatória a presença de advogado no interrogatório judicial, porém a presença de advogado no interrogatório do inquérito policial é facultativa. Entretanto, caso o investigado opte por ser assistido por advogado, sua presença passa a ser obrigatória, sob pena de se configurar abuso de autoridade conforme a Lei 13.869/2019 que preceitua em seu art. 15 o seguinte "Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono".

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TRF1, 2017: Apesar de se tratar de procedimento inquisitorial no qual não se possa exigir a plena observância do contraditório e da ampla defesa, a assistência por advogado no curso do inquérito policial é direito do investigado, inclusive com amplo acesso aos elementos de prova já documentados que digam respeito ao direito de defesa.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PC-SE/DELEGADO DE POLÍCIA, 2018: No âmbito do inquérito policial, cuja natureza é inquisitiva, não se faz necessária a aplicação plena do princípio do contraditório, conforme a jurisprudência dominante.

Certo.

Posição minoritária: A ampla defesa poderia ser exercida de duas maneiras no inquérito policial:

- ***Exercício exógeno do direito de defesa****:* É aquele efetivado fora dos autos do inquérito policial. Ex.: HC, requerimentos ao juiz e ao Ministério Público, mandado de segurança.
- ***Exercício endógeno****:* É aquele efetivado dentro do inquérito policial. Ex.: interrogatório do investigado, requerimento de diligências à autoridade policial (demonstrando ser a diligência pertinente).

Súmula vinculante n. 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

ATENÇÃO! Inovação dada pela Lei 13.964/2019.

Assistência jurídica em favor de servidores vinculados aos órgãos de segurança pública (CF, art. 144) diante da instauração de inquérito para fins de investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício funcional:

CPP, Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Indisponível:

Autoridade Policial que abre o inquérito não pode encerrá-lo sem permissão judicial (art. 17 e 18 CPP). É obrigado remeter o inquérito policial ao Promotor e ao Juiz.

CPP, Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Como caiu em prova:

CESPE, TJ-SC Juiz Substituto, 2019: A autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos do IP, salvo na hipótese de manifesta atipicidade da conduta investigada.

Errado.

Procedimento oficial:

A cargo de órgão oficial do Estado. Incumbe ao Delegado de Polícia a presidência do inquérito policial.

Procedimento oficioso:

Ao tomar conhecimento de fatos delituosos e ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima ou outra pessoa qualquer 9art. 5º, I, do CPP).

Procedimento temporário: Art. 5º, direito a razoável duração do processo. E nesse caso aplica-se também ao inquérito policial. Jurisprudência: STJ/HC 96.666 – Determinou o trancamento de um inquérito policial que estava tramitando a mais de 7 anos, prazo este, que o STJ entendeu ser um tempo necessário para colher elementos de informação e formar a convicção.

ATENÇÃO! A nova Lei de Abuso de Autoridade criminalizou a conduta de estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado, conforme seu art. 31[3].

Procedimento discricionário:

Em juízo existe um procedimento rígido, que não pode deixar de ser observado. Já no inquérito policial o procedimento é discricionário, cabe à autoridade policial determinar a diligência de acordo com o caso concreto e no interesse da investigação.

CPP, Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

[3] Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: (Vide ADIN 6234) (Vide ADIN 6240)
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

Esse artigo confirma a natureza discricionária do inquérito policial, pois as diligências requeridas pelo indiciado serão realizadas ou não de acordo com o entendimento da autoridade policial que decidirá a relevância da diligência para as investigações.

Obs.: Certas diligências, a lei impõe obrigatoriedade em sua realização, mitigando essa discricionariedade. Ex.: exame de corpo e delito nos casos de crime que deixa vestígios. Outra exceção é a possibilidade de requisição de diligências pelo Ministério Público.

6. FORMAS DE ABERTURA DO INQUÉRITO POLICIAL

Nos crimes de **ação penal pública condicionada** ou de **ação penal de iniciativa privada** o **inquérito não pode ser instaurado de ofício.** A autoridade policial depende do implemento da condição, representação da vítima, ou até mesmo em virtude de lavratura de auto de prisão em flagrante (lavratura condicionada à representação, contudo). Nesses casos, após a representação da vítima, o delegado vai lavrar a portaria, que é a peça inaugural do IPL. Em regra, 6 meses após o fato.

Como caiu em prova:

FCC, CÂMARA DE FORTALEZA-CE, 2019 (Adaptada): Acerca do inquérito policial:

Nos crimes de ação penal privada, pode ser instaurado de ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Errado.

FCC, CÂMARA DE FORTALEZA-CE, 2019 (Adaptada): Acerca do inquérito policial:

É indispensável para a propositura da ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima do delito.

Errado.

E nos casos de crimes de ação penal incondicionada?

Nesse caso, a autoridade policial pode instaurar IPL das seguintes maneiras:

- **De ofício**: Com base no princípio da obrigatoriedade, quando a autoridade policial tomar conhecimento de um fato delituoso deve instaurar de ofício um inquérito policial. Em outras palavras, independentemente da provocação de qualquer pessoa.

Essa instauração se dará mediante **Portaria**. Ex.: delegada da delegacia da mulher toma conhecimento pela televisão de vítima que foi agredida por companheiro em festa. Uma notícia veiculada pela imprensa com indício de prática delituosa pode ensejar instauração de inquérito por portaria.

CPP, Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

- **Requisição do juiz**: Previsão na lei (CPP, art. 5º, inc. II). Porém, grande parte da doutrina **é unânime** em afirmar a **inconstitucionalidade desta possibilidade**, já que esta fere a imparcialidade do

juiz. Caso o juiz tome conhecimento de infração penal, deverá encaminhar as informações ao MP, como preceitua art. 40 do CPP.

Obs.: em 2019 o então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, determinou instauração de inquérito no próprio STF para investigar crimes praticados contra ministros, bem como designou o Ministro relator, o que, em tese, pode ser questionável por ferir os princípios da imparcialidade e do juiz natural.

- **Requisição do MP:** A própria requisição será a peça inaugural do inquérito. Delegado é obrigado a dar andamento ao inquérito. É importante saber a autoridade que instaura o inquérito, porque é a partir daí que você define a autoridade coatora para fim de impetração de HC e fixação da competência para julgamento.
- **Requerimento da vítima (*noticia criminis*):** Instaura por portaria do delgado. O fato de não ser obrigatória a instauração do inquérito dá ao delegado a possibilidade de investigar a procedência das declarações da vítima. Caso defira o requerimento, abrirá o inquérito através de portaria. Caso indefira, cabe recurso ao chefe de polícia, que é o Secretário de Segurança ou o Delegado Geral de Polícia, dependendo do estado da Federação, ou ainda, o Superintendente de Polícia Federal, ou ainda levar a representação ao Ministério Público.
- **Auto de prisão em flagrante**: A peça inaugural é o próprio auto de prisão. **Delegado é obrigado a fazer o inquérito**. No caso de investigação militar, o CPPM permite que o APF, caso já contenha todos os elementos de informação necessários, não precisa de abertura de inquérito.
- **Noticia oferecida por qualquer do povo (*delatio criminis ou delação*):** Instaura por portaria do delegado. Mesmas regras do requerimento da vítima, quanto a não obrigatoriedade de instauração do IPL pela autoridade policial, que irá verificar a procedência das declarações, cabe recurso também. Há ainda a figura da "***delatio criminis* inqualificada**", que nada mais é do que a denúncia anônima (HC 95244 STF). Segundo Guilherme Nucci[4], *"trata-se da revelação da ocorrência de uma infração penal ou de seu autor à autoridade policial (ou similar) feita por qualquer pessoa do povo."*

O delegado condutor do inquérito policial será sempre a autoridade coatora para eventual HC?

Sempre que a peça inaugural for uma portaria do delegado ou auto de prisão em flagrante lavrado pelo delegado, ele será a autoridade coatora de eventual HC, que será de competência de um juiz de 1ª instância. Caso o inquérito tenha sido instaurado por um promotor, através de requisição, o HC será julgado pelo Tribunal. O HC que tranca o inquérito policial é chamado de HC trancativo.

[4] http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/delatio-criminis

[5]As **notícias anônimas** ("denúncias anônimas") não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar, o emprego de métodos invasivos de investigação, como interceptação telefônica ou busca e apreensão. **Entretanto, elas podem constituir fonte de informação e de provas que não podem ser simplesmente descartadas pelos órgãos do Poder Judiciário**.

Procedimento a ser adotado pela autoridade policial em caso de "denúncia anônima":

1) Realizar investigações preliminares para confirmar a credibilidade da "denúncia";

2) Sendo confirmado que a "denúncia anônima" possui aparência mínima de procedência, instaura-se inquérito policial;

3) Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá buscar outros meios de prova que não a interceptação telefônica (esta é a ultima ratio).

Se houver indícios concretos contra os investigados, mas a interceptação se revelar imprescindível para provar o crime, poderá ser requerida a quebra do sigilo telefônico ao magistrado. STF. 1ª Turma. HC 106152/MS, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29.3.2016 (Info 819).

[5] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Denúncia anônima. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3a824154b16ed7dab899bf000b80eeee>. Acesso em: 24/05/2018

7.” NOTITIA CRIMINIS”

Notitia criminis ou notícia crime é o conhecimento espontâneo ou provocado de um fato delituoso pela autoridade policial. Nada mais é do que o conhecimento da polícia do acontecimento de um crime.

Quais são as espécies de notícia crime?

As espécies de notícia crime são:

- ***Notitia criminis* de cognição imediata (espontânea)**: ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do crime por meio de suas atividades rotineiras. Se decidir instaurar o inquérito, o faz de ofício. Ex. está investigando um estupro de vulnerável e toma conhecimento de outros delitos praticados pelo infrator como tráfico de drogas ou posse de arma; atenção para o entendimento do STJ de que matéria jornalística é suficiente para dar início a instauração de inquérito (Info 652).
- ***Notitia criminis* de cognição mediata (provocada)**: ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do crime por meio de um expediente escrito. Ex. **Requisição do MP**, requerimento da vítima ou de qualquer do povo.
- ***Notitia criminis* de cognição coercitiva**: Ocorre quando a autoridade policial é obrigada a tomar conhecimento do fato delituoso, através da apresentação do indivíduo preso em flagrante. O auto de prisão já é a peça inaugural.
- ***Notitia criminis* inqualificada**: Nada mais é que a denúncia anônima. Os tribunais entendem que a denúncia anônima não serve por si só para instaurar IPL, deve-se verificar, primeiramente, a procedência das informações, ou seja, requer-se uma averiguação prévia (HC 95244 STF). Assim, quando apresentada uma denúncia anônima, deve a autoridade policial, antes de instaurar o inquérito policial, verificar a procedência e veracidade das informações por ela veiculadas por meio de um procedimento preliminar chamado de verificação de procedência das informações (VPI).

OBS: os arts. 6º e 7º do CPP preveem as seguintes diligências investigatórias a cargo da autoridade policial no início das investigações: preservação do local do crime, apreensão de objetos, colheita de provas, oitiva do ofendido, oitiva do indiciado, reconhecimento de pessoas e de coisas e acareações, determinação de realização de corpo de delito e quaisquer outras perícias, identificação do indiciado, averiguação da vida pregressa do investigado e reconstituição do fato delituoso.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

É possível a deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística.

Inicialmente, para a configuração de justa causa, seguindo o escólio da doutrina, "torna-se necessário [...] a demonstração, prima facie, de que a acusação não (seja) temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública". Nesse sentido, consigne-se que é possível que a investigação criminal seja perscrutada pautando-se pelas atividades diuturnas da autoridade policial, verbi gratia, o conhecimento da prática de determinada conduta delitiva a partir de veículo midiático, no caso, a imprensa, como de fato ocorreu. É o que se convencionou a denominar, em doutrina, de *notitia criminis* de cognição imediata (ou espontânea), terminologia obtida a partir da exegese do art. 5º, inciso I, do CPP, do qual se extrai que "nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício". Ademais, e por fim, há previsão, de jaez equivalente, no art. 3º da Resolução n. 181, de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, *in verbis*: o procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal de iniciativa pública, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação (redação dada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018). STJ. 6ª Turma. RHC 98.056-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 04.06.2019 (Info 652).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, STJ, 2018: *Notitia criminis* é o meio pelo qual a vítima de delito ou o seu representante legal manifesta sua vontade a respeito da instauração do inquérito policial e do posterior oferecimento de denúncia, nas hipóteses de ação penal pública condicionada.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, STJ, 2018: Em se tratando de crimes que se processam mediante ação penal pública incondicionada, o inquérito policial poderá ser instaurado de ofício pela autoridade policial.

Certo.

MPE-SC/PROMOTOR (BANCA PRÓPRIA), 2019: *A notitia criminis* de cognição imediata ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento de fato delituoso através da apresentação do individuo preso em flagrante-delito, enquanto a denúncia anônima é considerada *notitia criminis* inqualificada.

Errado.

PUC-PR, TJ-MS/JUIZ, 2012 (Adaptada): *A notitia criminis* inqualificada, de per si, é considerada pelos tribunais superiores como fundamento insuficiente capaz de ensejar a instauração de inquérito policial.

Certo.

UEG, PC-GO/DELEGADO DE POLÍCIA, 2018 (Adaptada): Quando o inquérito policial é instaurado a partir de um auto de prisão em flagrante delito, diz-se haver *notitia criminis* de cognição coercitiva.

Certo

8. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação criminal tem como intuito de ***individualizar o investigado.*** É o gênero da qual existem as espécies identificação fotográfica, a identificação datiloscópica (colhimento das impressões digitais) e identificação do perfil genético (método mais científico - Lei 12.654/2012).

É obrigatória a identificação criminal?

Antes da CF88 a identificação criminal era a regra, era obrigatória ao indivíduo, já que a constituição antiga não regulava o caso. Com a CF/88, houve disciplina da matéria, (art. 5º LVIII) de forma que **a identificação criminal somente é possível nas hipóteses previstas em lei**.

Obs.: A Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal, sofreu diversas alterações com a Lei 13.964/2019, no que tange a identificação do perfil genético dos investigados. A principal alteração consiste na possibilidade de criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.
Outra alteração consiste nos casos de exclusão do perfil genético do banco de dados. Antes essa exclusão ser daria apenas após o término do prazo para prescrição do delito. Agora essa previsão não existe mais, prevendo a Lei 12.037/2009 outras hipóteses de exclusão.
Segue abaixo as alterações recentes promovidas pela Lei 13.964/2019 na Lei 12.037/2009:

Lei 12.037/2009 – Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentado o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal:

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - no caso de absolvição do acusado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

9. INDICIAMENTO

Indiciar é apontar alguém como provável autor do delito. Trata-se de um **ato privativo da autoridade policial,** na fase investigatória, agora, nesta fase, pode-se fazer o indiciamento em qualquer momento (HC 182.455 – o STJ entendeu que o indiciamento após o início do processo é ato ilegal), inclusive, na portaria de instauração. Geralmente, é feito ao final das investigações. Para indiciar alguém não é necessária a certeza de sua autoria, devendo haver **prova da existência do crime** e apenas **indícios de sua autoria**.

O indiciamento tem feitos **endoprocessuais**, qual seja, serve de base para a denúncia, como também tem efeito **extraprocessual**, com o estigma social que a publicidade do mesmo traz.

Como caiu em prova:

FUMARC, PC-MG/DELEGADO, 2018 (Adaptada): É realizado mediante o mesmo grau de certeza de autoria que a situação de suspeito.

Errado.

Quais são as espécies de indiciamento?

Pode ser de duas espécies:

- **Indiciamento direto:** ocorre quando o **indiciado está presente**. Ocorre geralmente quando o interrogatório é o último ato do inquérito. O acusado já sai da delegacia indiciado;
- **Indiciamento indireto:** ocorre quando o **indiciado está ausente**. Ex. acusado está foragido.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-DFT, 2019 (Adaptada): Poderá ser formalizado de forma indireta ante a não localização do investigado.

Certo.

Quais são os pressupostos do indiciamento?

Prova da existência do crime e **indícios de sua autoria**. Assim, tem-se que o indiciamento só pode ocorrer a partir do momento em que reunidos elementos suficientes que apontem para **autoria da infração penal**. Nesse sentido:

Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial: STF, 2ª Turma, HC 85.541, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 157 21.08.2008.

Outrossim, é necessário o dever de fundamentação do indiciamento à autoridade policial. Nesse sentido, de acordo com o art. 2º, §6º da Lei 12.830/13 (que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia), o indiciamento, privativo do Delegado de Polícia, dar-se-á por **ato fundamentado**, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

De quem é a atribuição do indiciamento?

O indiciamento é ato privativo da autoridade policial (o juiz ou o promotor não pode requisitar o indiciamento, é ato **privativo do delegado**, de acordo com sua convicção). Lei 12.830/13, art. 2º, §6º: "O indiciamento, **privativo do delegado de polícia**, dar-se-á por **ato fundamentado**, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Indiciamento como atribuição exclusiva da autoridade policial:

O magistrado não pode requisitar o indiciamento em investigação criminal. Isso porque o indiciamento constitui **atribuição exclusiva da autoridade policial**. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o delegado de polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, **não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado**, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Nesse mesmo sentido é a inteligência do art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, que afirma que o indiciamento é ato inserto na esfera de atribuições da polícia judiciária. STJ. 5ª Turma. RHC 47.984-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4.11.2014 (Info 552).

Como caiu em prova:

FUMARC, PC-MG/DELEGADO, 2018 (Adaptada): Não é ato exclusivo do delegado de polícia que conduz a investigação.

Errado.

FEPESE, PC-SC/ESCRIVÃO, 2017 (Adaptada): De acordo com a lei que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por delegado de polícia, o indiciamento depende de autorização judicial para ter início.

Errado.

FEPESE, PC-SC/ESCRIVÃO, 2017 (Adaptada): De acordo com a lei que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por delegado de polícia, o indiciamento é ato privativo do delegado de polícia.

Certo.

O que é o desindiciamento?

O **desindiciamento** nada mais é do que a desconstituição do ato de indiciamento, quando não possuir os requisitos. Pode ser feito pelo Delegado ou pelo Poder Judiciário. Assim, a jurisprudência tem admitido a possibilidade de impetração de HC para sanar o constrangimento ilegal decorrente de um indiciamento sem elementos mínimos de materialidade delitiva (Precedente: STJ, HC 43.599 SP).

Como caiu em prova:

FUMARC, PC-MG/DELEGADO, 2018 (Adaptada): Não poderá o delegado de polícia retratar sua posição e "desindiciar" o investigado.

Errado.

Quem pode ser indiciado?

Em regra, **qualquer pessoa pode ser indiciada**.

No entanto, membros da magistratura e do MP (lei 8.625/93 art.41, II e §único e LC 35/79 art. 33, §único): por disposição legal expressa, **não podem ser indiciados em inquérito policial.**

E as pessoas com prerrogativa de função, como deputados e senadores?

Para o STF (inquérito 2.411), **pessoas com foro por prerrogativa de função não poderão ser indiciadas sem prévia autorização do Tribunal competente** Ex. indiciamento de deputado. Também **é necessária autorização para que seja instaurado inquérito contra titular de foro por prerrogativa de função**. Ou seja, o delegado, ao perceber que tem deputado federal envolvido, deve parar a investigação e requerer autorização do STF para prosseguir. Concluído o inquérito, deve haver nova autorização para o indiciamento.

Em resumo: quando determinado titular de foro por prerrogativa de função passar a figurar como suspeito em procedimento investigatório preliminar, impõe-se a autorização do Tribunal para o

prosseguimento das investigações (STF, Inq. 2.411 QO).

Agora, se houver simples menção ao nome de um parlamentar federal, em depoimentos prestados por investigados, sem maiores elementos acerca de seu envolvimento no fato delituoso, não há falar em necessidade de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito (STF, 2ª T. HC 82.647 PR).

Dizer o Direito:

As investigações envolvendo autoridades com foro privativo no STF somente podem ser iniciadas após **autorização formal do STF.** De igual modo, as diligências investigatórias envolvendo autoridades com foro privativo no STF **precisam ser previamente requeridas e autorizadas pelo STF**.

Diante disso, indaga-se: depois de o PGR requerer alguma diligência investigatória, antes de o Ministro-Relator decidir, é necessário que a defesa do investigado seja ouvida e se manifeste sobre o pedido?

NÃO. As diligências requeridas pelo Ministério Público Federal e deferidas pelo Ministro Relator são meramente informativas, não suscetíveis ao princípio do contraditório. Desse modo, não cabe à defesa controlar, "ex ante", a investigação, o que acabaria por restringir os poderes instrutórios do Relator. Assim, o Ministro poderá deferir, mesmo sem ouvir a defesa, as diligências requeridas pelo MP que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. STF. 2ª Turma. Inq 3387 AgR/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15.12.2015 (Info 812).

Dizer o Direito:

Em regra, a autoridade com foro por prerrogativa de função pode ser indiciada.

Existem duas exceções previstas em lei de autoridades que não podem ser indiciadas:

a) Magistrados (art. 33, parágrafo único, da LC 35/79);

b) Membros do Ministério Público (art. 18, parágrafo único, da LC 75/73 e art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93). Informativo 825-STF (19.05.2016) – Esquematizado por Márcio André Lopes Cavalcante | 4

Excetuadas as hipóteses legais, é plenamente possível o indiciamento de autoridades com foro por prerrogativa de função.

No entanto, para isso, é indispensável que a autoridade policial **obtenha uma autorização do Tribunal competente para julgar esta autoridade**. Ex: em um inquérito criminal que tramita no STJ para apurar crime praticado por Governador de Estado, o Delegado de Polícia constata que já existem elementos suficientes para realizar o indiciamento do investigado.

Diante disso, a autoridade policial deverá requerer ao Ministro Relator do inquérito no STJ autorização para realizar o indiciamento do referido Governador. Chamo atenção para o fato de que não é o Ministro Relator quem irá fazer o indiciamento. Este ato é privativo da autoridade policial. O Ministro Relator irá apenas autorizar que o Delegado realize o indiciamento. STF. Decisão monocrática. HC 133835 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18.04.2016 (Info 825).

10.INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO PRESO

O art. 21 do CPP autoriza que haja a incomunicabilidade do indiciado preso por até três dias. Para maioria da doutrina e jurisprudência, o art. 21 CPP **não foi recepcionado** pela CF88. Conclui-se pelo fato de a CF dizer que nos estados de defesa e de sítio, está vedada a incomunicabilidade do preso. Se é vedada nos estados de exceção, também é vedado no estado de normalidade do direito (Vicente Greco Filho e Damásio dizem que houve recepção, mas é bastante minoritário).

Mas, e como fica a situação do preso no regime de RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)? Ele não fica incomunicável?

Cuidado! Nas execuções penais o regime chamado RDD não coloca o preso incomunicável, ele pode encontrar-se com seu advogado por exemplo, sendo, pois, permitido.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

11. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO

CPP, Art. 10. O inquérito deverá terminar no **prazo de 10 dias**, se o indiciado tiver **sido preso** em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no **prazo de 30 dias**, quando estiver **solto**, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de **difícil elucidação**, e o **indiciado estiver solto**, a autoridade poderá requerer ao juiz a **devolução dos autos**, para **ulteriores diligências**, que serão realizadas no **prazo marcado pelo juiz**.

Veja-se que, em relação ao agente que está **solto**, o prazo para a conclusão do inquérito é de **30 (trinta) dias**, ao passo que, estando **preso** o indiciado, esse prazo será de **10 (dez) dias**.

Como caiu em prova:

FCC, CÂMARA DE FORTALEZA-CE/CONSULTOR, 2019 (Adaptada): Acerca do inquérito policial:

No caso de apuração de delito de furto qualificado, deverá se encerrar no prazo de 10 (dez) dias se o indiciado estiver preso.

Certo.

Esse prazo pode ser prorrogado?

SIM. Segundo o §3º do art. 10 do CPP, quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver **solto**, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para **ulteriores diligências**, que serão realizadas no **prazo marcado pelo juiz**.

É possível a dilação de prazo para conclusão de inquérito policial de réu preso, com base no atual CPP?

De acordo com a doutrina, em se tratando de réu preso não é possível a dilação do prazo nos casos em que são aplicados apenas o CPP. Se restar caracterizado um excesso abusivo, a prisão deve ser relaxada, sem prejuízo da continuidade do inquérito. No caso de réu solto, o prazo pode ser dilatado com **autorização do MP**, **mas não pode ser prorrogado *ad eterno* sob pena violar a garantia da razoável duração do processo**. Após a garantia da razoável duração do processo, o STJ determinou o trancamento

de um inquérito policial que se arrastava há sete anos (HC 96.666 MA STJ).

IMPORTANTE! A Lei 13.964/19 incluiu o art. 3º-B ao CPP, constando, em seu §2º, a possibilidade prorrogação da investigação mesmo no caso em que o investigado estiver preso, por decisão do juiz das garantias e por um prazo de até 15 dias, *vide*:

Art. 3º-B, § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, **se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada**. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Porém, lembrem-se que esse dispositivo encontra-se com a eficácia suspensa em vista da decisão monocrática dada pelo Relator das ADI's 6.298, 6.299 6.300 e 6.305 (j. 22.01.2020).

Tabela de prazos:

	Preso	**Solto**
CPP	**10 dias**	**30 dias (pode ser prorrogado)**
CPPM	**20 dias**	**40 dias** (pode ser prorrogado por mais **20 dias**)
Justiça Federal	**15 dias (**podendo ser **prorrogado por mais 15 dias,** a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo).	Silenciando a Lei nº 5.010/66 quanto ao prazo para a conclusão do inquérito de investigado solto, entende-se aplicável o prazo de **30 dias previsto no CPP (art. 10, caput).**
Lei de drogas (pode ser duplicado pelo juiz)	30 dias	90 dias
Lei de crimes contra economia popular (Lei 1.521/51)	10 dias	10 dias

Inquérito no caso de prisão temporária	**5 dias** (**prorrogável por mais 5 dias**, em caso de extrema e comprovada necessidade)	
Prisão temporária em crime hediondo (lei 8.072)	**30 dias** (**prorrogável por mais 30 dias**, em caso de extrema e comprovada necessidade)	

Após o fim do prazo da prisão temporária, é possível a prisão preventiva para resguardar o prazo para conclusão das investigações?

Quando há prisão temporária, o inquérito deve se concluir em até 5 + 5 dias, só podendo se encaixar uma prisão preventiva, logo após, se houver necessidade, para a fase processual, **e não para continuidade do inquérito**. Isso porque a prisão temporária serve para resguardar as investigações.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, STJ, 2018: Pedro teve a prisão temporária decretada no curso de uma investigação criminal. Ao final de cinco dias, o Ministério Público requereu a conversão de sua segregação em prisão preventiva. Assertiva: Nessa situação, o prazo para o término do inquérito policial será contado da data em que a prisão temporária tiver sido convertida em prisão preventiva.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, TRF1, 2017: Apenas no caso em que o investigado estiver preso preventivamente, o inquérito policial deverá se encerrar em até dez dias, contados a partir do dia subsequente à execução da ordem de prisão.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, PCMA, 2018: De acordo com as legislações especiais pertinentes, o inquérito policial deve ser concluído no prazo comum de dez dias, estando o indiciado solto ou preso, nos casos de crimes contra a economia popular.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PC-SE/DELEGADO DE POLÍCIA, 2020, Curso de Instrução: Delegado de polícia que deixar de concluir inquérito policial no prazo legal, independentemente de o indiciado estar preso ou em liberdade, terá cometido transgressão disciplinar grave.

Errado.

Qual é a natureza do prazo para conclusão do inquérito policial?

1ª Corrente: Prazo do inquérito é de **natureza penal** (posição minoritária), ou seja, inclui-se no cômputo do prazo o dia do começo. Além disso, esse prazo não se prorroga até o primeiro dia útil subsequente, não estando sujeito a causas interruptivas nem suspensivas (CP, art. 10).

2ª Corrente: Prazo do inquérito é de natureza **processual penal** (posição majoritária – professor Mirabete). Na contagem processual, exclui-se o dia do começo e inclui-se o dia do final, ou seja, significa dizer que o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia útil subsequente. Outrossim, o prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato (CPP, art. 798, §§1º e 3º)

Quais são as consequências do descumprimento dos prazos?

Individuo solto: prazo impróprio. Assim, sua inobservância não produz qualquer consequência.

Individuo preso: Até o advento da Lei 13.964/19 entendia-se que apenas o eventual excesso de prazo abusivo autorizava o relaxamento da prisão (STJ HC 44.604). Lado outro, a doutrina pregava que, se houvesse um pequeno excesso na fase investigatória, era possível que houvesse uma compensação na fase processual, não gerando ilegalidade.

Contudo, com a vigência do pacote anticrime, o art. 3º-B, §2º, do CPP, dita que a duração do inquérito de investigado preso poderá ser prorrogada uma única vez, por até 15 dias, e que, após, se ainda assim a investigação não for concluída, **a prisão será imediatamente relaxada**.

Obs.: Lembrar que esse dispositivo está com a eficácia suspensa.

Relatório:

CPP, Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando

o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, **e o indiciado estiver solto**, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

A autoridade policial pode fazer juízo de valor ao elaborar o relatório do inquérito policial?

A autoridade policial deve se abster de fazer juízo de valor! O relatório não é peça essencial para o oferecimento da denúncia.

12. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

A conclusão do IP se dá através da elaboração de um **relatório** pela autoridade policial, feitos os indiciamentos necessários. No conteúdo do relatório **não** deve haver juízo de valor. A autoridade policial deve apontar as diligências realizadas, quem foi ouvido, os elementos de informação colhidos. Exceção: No caso da **lei de drogas** (art. 52), **há obrigatoriedade do juízo de valor da autoridade policial**.

O relatório é uma **peça dispensável** no inquérito, já que o próprio inquérito o é.
Doutrina diz que a tramitação pelo judiciário antes de ir ao MP é desnecessária. Entendem que feriria a imparcialidade do juiz esse contato inicial com o inquérito. Além de que, mais célere seria uma tramitação direta entre Polícia e MP, e caso o MP solicitasse novas diligências, estas também seriam remetidas diretamente à Polícia. Na prática, notam-se despachos padrão da autoridade judicial, como "Vistas ao MP" ou "Defiro", para tentar desburocratizar a atuação prática forense. Em alguns estados-membros, há portarias dos TJ que determinam que o inquérito vá direto ao MP. Res. 63 CJF (no âmbito da Justiça Federal) diz que os inquéritos policiais deverão tramitar diretamente entre a PF e o MPF, salvo se houver necessidade de medidas cautelares (ex. Prisão preventiva). Juiz não tem papel de conduzir investigação, já que tem que ser imparcial.

Como entende a jurisprudência:

É **INCONSTITUCIONAL** lei estadual que preveja a tramitação direta do inquérito policial entre polícia e MP.
Por outro lado, é **CONSTITUCIONAL** lei estadual que preveja a possibilidade de o MP requisitar informações quando o inquérito não for encerrado em 30 dias, tratando-se de indiciado solto. (STF. ADI 2886/RJ – 2014).

Outrossim, o STJ tem julgado (da 5ª turma), no sentido de NÃO ser ilegal a portaria editada por Juiz Federal que, fundada na Resolução n. 63/2009 do CNJ, estabelece a tramitação direta de inquérito policial entre a Polícia Federal e o MPF (STJ, RMS 46.165 SP).

Para o CPP (art. 10), concluídas as investigações, os autos do inquérito são remetidos ao judiciário, que fará vista ao MP.

Como se dá nos casos de ação penal privada?

CPP, Art. 19. Nos crimes em que **não couber ação pública**, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde **aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal**, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

Assim, quando os autos do inquérito chegam ao MP, para os crimes de ação penal privada, o promotor deve requerer a permanência dos autos no cartório, aguardando-se a iniciativa do ofendido ou do seu representante legal.

E no caso de ação penal pública?

Os autos do IPL são remetidos ao MP.

Recebido o inquérito policial, quais atitudes o membro do MP poderá tomar?

Em se tratando de crime de ação penal pública, o promotor pode:

- Formalizar **acordo de não persecução penal;**
- **Oferecer a denúncia** (caso já tenha nos autos todos os elementos de autoria e materialidade);
- Promover o **arquivamento** (levada à decisão do juiz);
- **Requisitar diligências indispensáveis** para a formação da sua convicção (*opinio delicti*);

No caso do art. 16 CPP, caso queira requisitar novas diligências, o MP deve fazer diretamente à polícia, salvo se houver necessidade de intervenção do judiciário (ex. requisição de interceptação telefônica). Nos estados em que a requisição de diligências deva passar pelo magistrado, caso este indefira a remessa ao delegado, é cabível o recurso de **correição parcial** contra esse juiz.

- Alegar **incompetência do juízo** e requerer remessa dos autos ao juízo competente (ex. promotor estadual recebe inquérito de crime de moeda falsa. Neste caso, o promotor deve requerer que o juiz remeta os autos ao juízo competente);
- Suscitar **conflito de competência ou conflito de atribuições**.

Quais são as espécies de conflito?

Conflito de competência: **aquele que se estabelece entre autoridades jurisdicionais**. Pode ser positivo ou negativo. **Não há conflito entre juiz e o Tribunal a ele vinculado** (ex. juiz do RN contra TJRN). A súmula 348 STJ dizia que o conflito entre juiz federal e juiz do juizado federal do mesmo estado, competia ao STJ,

porque, das decisões do juiz do juizado federal cabe recurso à Turma Recursal, e não ao TRF. Logo após isso, o STF, no RE 590.409, manifestou-se que o conflito deve ser julgado pelo TRF, e não o STJ. O STJ então, cancelou a súmula 348 e sumulou no sentido de dar **ao TRF o julgamento de conflito de competência entre juiz federal e juiz de juizado federal vinculados ao mesmo TRF** (súmula 428 STJ em 2010). No entanto, **se o conflito acontecer entre juiz federal do RN e juiz do juizado federal de SP, cabe ao STJ**.

Conflito de atribuições: conflito que se dá **entre autoridades administrativas**. Geralmente ocorre entre órgãos do MP.

No ano de **2020, o STF alterou sua jurisprudência** e passou a decidir que a competência para dirimir os conflitos de atribuição entre membros do Ministério Público Estadual de diferentes estados ou entre membros do Ministério Público Estadual e do Ministério Público da União é do **Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP** (STF. Plenário. ACO 924/SP, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05.06.2020), e não mais o PGR, como era o entendimento anterior.

O seguinte quadro sintetiza as possíveis situações e soluções dos conflitos de atribuições:

QUEM DECIDE O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 1	Procurador-Geral de Justiça do Estado1
MPF x MPF	CCR, com recurso ao PGR
MPU (ramo 1) x MPU (ramo 2)	Procurador-Geral da República
MPE x MPF	Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 2	Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

13. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Primeiramente, tem-se que a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito:

CPP, Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Incumbe exclusivamente ao Ministério Público avaliar se os elementos de informação de que dispõe são (ou não) suficientes para o oferecimento da denúncia, razão pela qual nenhum inquérito pode ser arquivado sem expressa determinação ministerial (STF, HC 88.589 GO, 1ª T.)

Como ocorre o arquivamento do inquérito policial?

O MP formula uma promoção de arquivamento que será levada à apreciação do juiz. Promotor não arquiva sozinho. Juiz também não arquiva sozinho, havendo, portanto, um **ato complexo.**

Quais são os fundamentos para o arquivamento?

- **Ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação**. **Coisa julgada formal.**
- **Falta de justa causa para o início do processo**. Ausência de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do delito. Por não analisar o mérito da questão, não faz coisa julgada material. Fundamenta-se na cláusula *rebus sic stantibus* (mantidos os pressupostos fáticos que serviram de fundamento para a decisão, esta deve ser mantida; alterados os pressupostos fáticos, a decisão pode ser modificada). **Coisa julgada formal.**
- **Atipicidade formal (ex. cola eletrônica) ou material (ex. crime insignificante)** da conduta delituosa. Há análise do mérito, portanto, **faz coisa julgada material**.
- **Causa excludente de ilicitude** (na dúvida, deve-se oferecer a denúncia – *in dubio pro societate*). Há análise do mérito, portanto, **faz coisa julgada material (STJ)**. Contudo, o STF tem entendido que nesses casos, trata-se de **coisa julgada formal (STF).**

É possível a reabertura da investigação e o oferecimento de denúncia se o inquérito policial havia sido arquivado com base em excludente de ilicitude?

STF: **Sim**. Para o STF, o arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material. Logo, surgindo novas provas seria possível reabrir o inquérito policial, com base no art. 18 do CPP e na Súmula 524 do STF. STF. 1ª Turma. HC 95211, Rel. Min. Cármen

Lúcia, julgado em 10/03/2009. STF. 2ª Turma. HC 125101/SP , rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 25.8.2015 (Info 796).

STJ: **NÃO**. Para o STJ, o arquivamento do inquérito policial com base na existência de causa excludente da ilicitude faz coisa julgada material e impede a rediscussão do caso penal. O mencionado art. 18 do CPP e a Súmula 524 do STF realmente permitem o desarquivamento do inquérito caso surjam provas novas. No entanto, essa possibilidade só existe na hipótese em que o arquivamento ocorreu por falta de provas, ou seja, por falta de suporte probatório mínimo (inexistência de indícios de autoria e certeza de materialidade). STJ. 6ª Turma. REsp 791.471/RJ , Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 25.11.2014 (Info 554).

- **Causa excludente da culpabilidade**, **salvo a inimputabilidade do art. 26, *caput*, CP** (neste caso oferece-se a denúncia requerendo a absolvição imprópria, que é a medida de segurança, que só pode ser aplicada ao final de um processo). Há análise do mérito, portanto, **faz coisa julgada material**.
- **Causas extintivas da punibilidade**. Alguns autores dizem que o MP deve oferecer denúncia requerendo a declaração da extinção da punibilidade. Há análise do mérito, portanto, **faz coisa julgada material**. No entanto, no caso de **certidão de óbito falsa**, o STF entende ser **possível a reabertura do processo**.
- **Cumprimento do acordo de não-persecução penal**: o art. 28-A, §13, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, prevê que cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juiz competente decretará a extinção da punibilidade.

Como fica a coisa julgada na decisão de arquivamento?

A decisão que manda arquivar inquérito é uma **verdadeira decisão judicial**, não é mero despacho. Quando, na análise do pedido de arquivamento, há a análise do mérito pelo juiz, há formação de coisa **julgada material** (dentro e fora do processo). Quando não há analise do mérito, há formação apenas de coisa **julgada formal** (dentro do processo).

É possível o desarquivamento do inquérito? Em qual hipótese?

Para que ocorra o desarquivamento do inquérito policial, basta haver **notícia de provas novas** (e não a sua real ocorrência – art. 18 CPP). A autoridade policial solicita ao juiz a reabertura do inquérito. Dessa nova investigação, surgindo provas novas, torna-se possível a propositura de ação penal (súm. 524 STF – HC 94.869 STF). Prova nova é aquela substancialmente inovadora, capaz de produzir uma alteração no contexto probatório.

Obs.: O pressuposto para o oferecimento da denúncia é o surgimento de novas provas.

O que se entende por provas novas?

É aquela que promove alteração no contexto probatório dentro do qual foi proferida a decisão de arquivamento.

Quais são as subespécies de provas novas?

Provas substancialmente novas: É uma prova inédita, desconhecida, que ninguém tinha conhecimento.

Formalmente novas: É uma prova que já era conhecida, e depois ganhou uma nova versão.

Procedimento do arquivamento: ATO COMPLEXO: PROMOTOR → JUIZ.

OBS.: Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Como se desenvolve o procedimento do arquivamento na justiça estadual?

IMPORTANTE! Alteração trazida pela Lei n. 13.964/2019.

O Promotor não mais irá elabora uma promoção de arquivamento e submeter ao juiz, mas sim irá **submeter a promoção de arquivamento a instância de revisão do próprio Ministério Público para fins de homologação do arquivamento**. Para isso, deve comunicar previamente a vítima, o investigado e a autoridade policial. Além disso, **a vítima, ou o seu representante legal, poderá discordar da promoção de arquivamento, submetendo a discussão da matéria à instancia de revisão competente**.

CPP, ANTES da reforma dada pela Lei 13.964/19	CPP, APÓS da reforma dada pela Lei 13.964/19
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferece-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.	**CPP, Art. 28**. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 1º** Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do

	recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 2º** Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

ATENÇÃO! A eficácia das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 28 do CPP foram suspensas pelo STF por meio da Medida Cautelar na ADI nº 6.298/DF. Na ocasião, foi alegada a impossibilidade do Ministério Público se adaptar a nova sistemática em tempo hábil. Portanto, em tese, as alterações devem ser mantidas com o julgamento de mérito, desde que ocorra um período de adaptação e regulamentação da matéria pelos Ministérios Públicos.

Procedimento de arquivamento na justiça federal/Justiça comum do DF: Procurador da República pede o arquivamento ao juiz federal. Caso este não concorde com o arquivamento, deverá encaminhar o inquérito para a **Câmara de Coordenação e Revisão do MPF** para homologação do arquivamento ou, discordando, determinar a continuidade do inquérito, com ou sem a designação de outro membro para acompanhamento das investigações. Nesse ponto, as alterações trazidas pela **Lei n. 13.964/2019** não interferem no procedimento que era adotado anteriormente, **salvo** a necessidade de comunicação da vítima, do investigado e da autoridade policial, bem como a possibilidade de discordância do arquivamento pela vítima ou seu representante legal.

O que é o arquivamento indireto? Quando ele ocorre?

Se o órgão do MP requer a ***declinação de competência***, mas o juiz não concorda, estaria ocorrendo uma espécie de arquivamento indireto, já que o promotor não pode ser obrigado a propor ação penal. Neste caso, aplica-se o art. 28, por analogia, evitando que o inquérito fique parado.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci ensina que: "Arquivamento indireto: é a hipótese de o promotor deixar de oferecer denúncia por entender que o juízo é incompetente para a ação penal."

(Código de Processo Penal Comentado, 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pg. 331).

Trata-se de criação jurisprudencial do STF. No arquivamento indireto do inquérito há um conflito positivo-negativo de atribuição e competência entre o órgão do Ministério Público e o juiz. Explico: o órgão do Ministério Público entende que o juízo perante o qual ele oficia é incompetente, recusando-se a oferecer a denúncia. Diante disso, devolve os autos ao juiz a fim de que este reconheça sua incompetência e remeta os autos ao juiz competente. O magistrado, entretanto, entende ser competente.

Já houve decisão monocrática de Ministro do STF mandando aplicar o artigo 28, do CPP, por analogia em caso similar.

O que é o arquivamento implícito? Quando ele ocorre?

Ocorre quando o MP deixa de incluir na denúncia algum fato delituoso ou algum corréu, não se manifestando, expressamente, no sentido do arquivamento desses casos. O arquivamento implícito **não é admitido pelos tribunais**, cabendo ao juiz devolver os autos ao MP, sob pena de aplicação do art. 28 CPP (RHC 95.141). Toda manifestação do MP também deve ser motivada. O mesmo ocorre quando há um pedido de arquivamento expresso falho. Neste caso, o promotor requer o arquivamento do inquérito, mas esquece de requerer quanto a alguém ou a algum fato delituoso. Majoritariamente, o arquivamento implícito não tem sido aceito (STJ). O MP não é obrigado a denunciar todos os investigados, mas deve fundamentar o porquê do não oferecimento da denúncia.

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE EM AÇÃO PÚBLICA.

Na ação penal pública, o MP não está obrigado a denunciar todos os envolvidos no fato tido por delituoso, não se podendo falar em arquivamento implícito em relação a quem não foi denunciado. Isso porque, nessas demandas, não vigora o princípio da indivisibilidade. Assim, o Parquet é livre para formar sua convicção incluindo na increpação as pessoas que entenda terem praticados ilícitos penais, mediante a constatação de indícios de autoria e materialidade. Ademais, há possibilidade de se aditar a denúncia até a sentença. Precedentes citados: REsp 1.255.224-RJ, Quinta Turma, DJe 7/3/2014; APn 382 - RR, Corte Especial, DJe 5/10/2011; e RHC 15.764 -SP, Sexta Turma Informativo nº 0540).

É possível recorrer da decisão de arquivamento?

Em regra, a decisão de arquivamento é **IRRECORRÍVEL**.

Se houve o arquivamento, não é cabível ação penal privada subsidiária da pública, já que não houve

inércia do MP. Em regra, o arquivamento é uma **decisão irrecorrível**.:

***É possível o arquivamento de ofício pelo juiz*?**

O JUIZ NÃO PODE ARQUIVAR O INQUÉRITO POLICIAL DE OFÍCIO. Cabe correição parcial em face dessa decisão.

O arquivamento por juízo absolutamente incompetente faz coisa julgada?

STF/STJ: Prevalece o entendimento que a decisão de arquivamento, mesmo por juízo incompetente, faz coisa julgada. **(STF HC 94.982):**

INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. COISA JULGADA MATERIAL.

Cuida-se de habeas corpus em que se discute, em síntese, se a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça comum, reconhecendo a atipicidade do fato e a incidência de cláusula excludente da ilicitude, impede o recebimento da denúncia pelo mesmo fato perante a Justiça especializada, no caso a Justiça Militar. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que a decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça comum, acolhendo promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal na Justiça especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico, o que enseja coisa julgada material. Registrou-se que, mesmo tratando-se de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, favor *libertatis e ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda. Precedentes citados do STF: HC 86.606-MS, DJ 3.8.2007; do STM: CP-FO 2007.01.001965-3-DF, DJ 11.1.2008; do STJ: APn 560-RJ, DJe 29.10.2009; HC 90.472-RS, DJe 3.11.2009; RHC 17.389-SE, DJe 7.4.2008; HC 36.091-RJ, DJ 14.3.2005, e HC 18.078-RJ, DJ 24.6.2002. HC 173.397-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17.3.2011 (sexta turma). (grifo nosso).

Arquivamento de procedimento investigatório criminal e submissão ao Poder Judiciário.

A Primeira Turma, em conclusão, concedeu a ordem em mandado de segurança para anular determinação contida em decisão exarada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no sentido de submeter decisão de arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal (PIC) ao tribunal de justiça local, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal (CPP) (Informativo 951). **O colegiado entendeu que o arquivamento do PIC, promovido pelo Procurador-Geral de Justiça, em hipótese de sua**

atribuição, não reclama prévia submissão ao Poder Judiciário, pois o arquivamento não acarreta coisa julgada material. O chefe do Ministério Público estadual é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento do PIC, por isso descabe a submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário. Não obstante a desnecessidade dessa submissão, a decisão do Procurador-Geral de Justiça não fica imune ao controle de outra instância revisora. Isso porque é possível a apreciação de recurso pelo órgão superior, no âmbito do próprio Ministério Público, em caso de requerimento pelos legítimos interessados, conforme dispõe o art. 12, XI, da Lei 8.625/1993. Portanto, o art. 28 do CPP é plenamente aplicável ao PIC, mas nas hipóteses que não configuram competência originária do Procurador-Geral de Justiça. STF. 1ª Turma. MS 34730/DF, Rel. Min. Luix Fux, julgado em 10.12.2019 (Info 963).

14. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL

Trata-se de **medida de força** (pleiteado pelo acusado ou pelo seu defensor) que acarreta a extinção prematura das investigações quando a mera tramitação do inquérito configurar constrangimento ilegal. Não se confunde com arquivamento do inquérito policial, nem com trancamento de ação penal.

Em quais hipóteses é possível o trancamento de inquérito policial?

Tratando-se de uma medida de natureza excepcional, somente é possível nas seguintes hipóteses:

- Manifesta **atipicidade formal** ou **material** da conduta delituosa;
- Quando já estiver **extinta a punibilidade**.
- Ausência de **manifestação da vítima** em crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação.

De acordo com o STJ, a ilicitude e a culpabilidade devem ser analisadas apenas na sentença.

Qual é o instrumento processual utilizado para trancamento do inquérito policial?

Em regra, o **instrumento** utilizado para requerer o trancamento é o HC, apenas quando houver risco potencial à liberdade de locomoção. ***Só não se usa HC quando o crime não prevê pena de privação de liberdade. Nesse caso usa-se o MS***. A autoridade coatora dependerá de quem instaurar o inquérito.

15. INVESTIGAÇÃO DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atualmente é tema pacífico. Não há previsão expressa na CF/88, porém adota-se a Teoria dos Poderes Implícitos. Segundo doutrinadores desta teoria nascida nos EUA, quando uma Constituição confere atribuição (atividade fim = ação penal) a determinado órgão, também confere todos os meios (atividade meio = investigação) para que sejam realizadas. Como o Ministério Público é o titular da ação penal, teria também poder para coletar todas as provas que fundamentassem sua denúncia. Além de que, a CF não conferiu a exclusividade da investigação à polícia.

O STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal. Todavia, essa investigação deverá respeitar os seguintes parâmetros:

- Devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados;
- Os atos investigatórios devem ser necessariamente documentados e praticados por membros do MP;
- Devem ser observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição (ex: interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário etc.);
- Devem ser respeitadas as prerrogativas dos advogados;
- Deve ser assegurada a garantia prevista na Súmula vinculante 14 do STF;
- A investigação deve ser realizada dentro de prazo razoável;
- Os atos de investigação conduzidos pelo MP estão sujeitos ao permanente controle do Poder Judiciário.

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição.”

STF. Plenário. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.5.2015 (repercussão geral) (Info 785)

16. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

De onde se extrai a possibilidade do MP exercer o controle externo da atividade policial?

Esse controle externo decorre do Art. 129, VII, CF, da LC 75, e da Res. 20 CNMP. É **decorrência do sistema de freios e contrapesos do regime democrático** e não pressupõe subordinação e hierarquia da polícia para com o MP. Tem como objetivo a efetividade dos direitos assegurados na CF.

O que se entende por controle externo da atividade policial?

É o conjunto de normas que regulamentam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à polícia na prevenção, apuração e **investigação de infrações penais**, na **preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos** sob custódia policial e na **fiscalização do cumprimento das determinações judiciais**.

Art. 9º da Lei Complementar 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União

Lei Complementar 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial **por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo**:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Quais são as espécies de controle externo da atividade policial?

O controle externo da atividade policial pode ocorrer de duas espécies:

- ***Controle difuso***: exercido por todos os promotores com atribuição criminal. O controle pode ocorrer em: ocorrências policiais; prazos de inquérito; qualidade do inquérito; bens apreendidos; cumprimento de medidas cautelares.
- ***Controle concentrado***: é aquele exercido por órgão do MP cujas atribuições são específicas para o controle externo. Na prática um promotor é designado exclusivamente para isso. O promotor pode

ajuizar ações de improbidade, ações civis públicas na defesa dos interesses difusos, procedimento investigatório criminal (PIC), recomendações e termos de ajustamento de conduta; visitas às unidades prisionais; verificações acerca das comunicações de prisão em flagrante.

Como caiu em prova:

MPE-PR/PROMOTOR (BANCA PRÓPRIA), 2019: No exercício do controle externo da atividade policial, o membro do "Parquet", poderá requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem assim requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre.

Certo.

MPE-PR/PROMOTOR (BANCA PRÓPRIA), 2019: O membro do "Parquet", com atuação na área de investigação criminal, pode avocar a presidência do inquérito policial, em sede de controle difuso da atividade policial.

Errado.

17. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

No que consiste a investigação criminal defensiva?

É o conjunto de atividades investigatórias desenvolvidas pelo defensor, em qualquer fase da persecução penal, inclusive antes do oferecimento da peça acusatória, o qual poderá ser realizado com ou sem assistência de investigador particular, ***objetivando a colheita de elementos informativos que possam ser utilizados para beneficiar o investigado em contraponto à investigação policial***. Não tem poder coercitivo próprio dos órgãos estatais.

Renato Brasileiro (Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 188) aponta alguns objetivos da investigação criminal defensiva:

"a) comprovação do álibi ou de ouras razões demonstrativas da inocência do imputado;

b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros;

c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade;

d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a quem possam induzir determinados fatos;

e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública;

f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias;

g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas."

Lei nº 13.432/2017 – Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

§ 1º Consideram-se sinônimas, para efeito desta Lei, as expressões "detetive particular", "detetive profissional" e outras que tenham ou venham a ter o mesmo objeto.

(...)

Art. 5º O detetive particular **pode colaborar com investigação policial em curso**, desde que expressamente autorizado pelo contratante.

Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

18. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

CPP, Art. 28-A. **Não sendo caso de arquivamento** e tendo o investigado **confessado formal e circunstancialmente** a prática de **infração penal sem violência ou grave ameaça** e com **pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de **não persecução penal**, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

ponto a ponto
Estudo planejado

MATERIAL DE APOIO

ADMINISTRATIVO

Organização Administrativa (Administração Direta e Indireta)

SUMÁRIO

1. ÓRGÃOS PÚBLICOS....3
1.1. Teorias sobre a natureza jurídica da relação entre o Estado e os agentes por meio dos quais atua....3
1.2. Conceito de órgão público....5
1.3. Características dos órgãos públicos....6
1.4. Classificação dos órgãos....10
2. HIERARQUIA: DELEGAÇÃO E AVOCAÇÃO DE COMPETÊNCIAS....12
2.1 Conceito de Hierarquia....12
2.2 Prerrogativas e deveres hierárquicos....12
2.3 Subordinação x vinculação....13
2.4 Competência administrativa....14
2.4.1 Características da competência....15
2.4.2 Delegação e avocação de competência....16
2.4.3 Vícios de competência....20
3. CENTRALIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO....22
4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA....25
4.1 Conceito de Administração Direta, Administração Indireta e Entidade Paraestatais....25
5. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA....28
5.1 Criação de entidades da Administração Indireta....28
5.2 Criação de subsidiárias e participação no capital de empresas privadas....30
5.3 Características comuns às entidades da Administração Indireta....31
6. ENTIDADES EM ESPÉCIE DA ADMINISTRATIÇÃO INDIRETA....34
6.1 Autarquia....34
6.1.1 Autarquias sob regime especial, Autarquias Fundacionais e Associações Públicas....46
6.1.2 Agências Reguladoras....47
6.1.3 Agências Executivas....51
6.2 Fundações Públicas....54
6.3 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista....59
6.3.1 Estatuto das Empresas Estatais exploradoras de atividades econômicas....65
6.3.2 Prestação de serviço público mediante outorga legal (“descentralização de serviços”)....66
6.3.3 Benefícios fiscais....67
6.3.4 Imunidade tributária....67
6.3.5 Atos e contratos....69
6.3.6 Licitação....70
6.3.7 Responsabilidade civil....70
6.3.8 Falência....71
6.3.9 Pessoal....71
6.3.10 Pessoal....74
6.3.11 Bens....74
6.3.12 Quadro com principais diferenças e semelhanças entre as EP e SEM prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas....75
6.3.13 Aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista....77

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Revisado em 04.01.2021

Base do resumo:

Dizer o Direito[1]

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Rafael Oliveira

Ricardo Alexandre e João de Deus

Matheus Carvalho

Celso Antônio Bandeira de Mello

Di Pietro

Alexandre Mazza

1. ÓRGÃOS PÚBLICOS

1.1. Teorias sobre a natureza jurídica da relação entre o Estado e os agentes por meio dos quais atua

Teoria do mandato:

Defende que a relação entre o Estado e seus agentes públicos teria por base o **contrato de mandato**.

Mas o que é mandato?

Mandato, para o direito privado, é o contrato mediante o qual uma pessoa, o mandante, outorga poderes a outra, o mandatário, para que este execute determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste.

Assim, o agente, pessoa física, seria o mandatário da pessoa jurídica, agindo em seu nome e sob a responsabilidade dela.

Críticas a essa teoria:

- Impossibilidade lógica de o Estado, que não possui vontade própria, outorgar mandato.

1 CAVALCANTE. Márcio André Lopes. Dizer o direito. Extraído do sítio: http://www.dizerodireito.com.br/

- Outra crítica diz respeito a situação, não solucionada pela teoria do mandato, do mandatário exorbitar os limites da procuração. Se adotasse a disciplina do direito privado, o Estado não responderia perante terceiros quando o mandatário agisse com excesso de poderes.

Teoria da representação:

Pela teoria da representação o agente público seria equiparado ao representante das pessoas incapazes. O agente seria uma espécie de tutor ou curador do Estado.

Críticas a essa teoria (segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro):

- Equiparar a pessoa jurídica ao incapaz;
- Implicar a ideia de que o Estado confere representantes a si mesmo;
- Quando o representante ultrapassa os poderes da representação o Estado não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados.

Teoria do órgão:

A teoria do órgão foi elaborada na Alemanha, por **Otto Gierke**.

Por esta teoria presume-se que a pessoa jurídica manifesta sua vontade **por meio dos órgãos**, que são **partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica**, de tal modo que, quando os agentes que atuam nesses órgãos manifestam sua vontade, considera-se que esta foi manifestada pelo próprio Estado. Fala-se em **imputação** (e não representação) da atuação do agente, pessoa natural, a pessoa jurídica. **(imputação volitiva)**

Di Pietro explica que *essa teoria é utilizada, também, para justificar a validade dos atos praticados por "funcionário de fato", porque se considera que o ato por ele praticado é ato do órgão, imputável, portanto, à administração pública.*

O que é funcionário de fato?

Na linha de Celso Antônio Bandeira de Mello, *"funcionário de fato é aquele cuja **investidura foi irregular**, mas cuja situação tem **aparência de legalidade**. Em nome do **princípio da aparência, da boa-fé** dos administrados, da **segurança jurídica** e do princípio da **presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se validos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados**."*

É a teoria amplamente adotada pela doutrina.

Não é qualquer ato que será imputado ao Estado. É necessário que o ato se revista, ao menos, de **aparência de ato jurídico legítimo** e seja praticado por alguém que se deva presumir ser um agente público (**teoria da aparência**). Fora desses casos, o ato não será considerado ato do Estado.

1.2. Conceito de órgão público

Órgãos públicos são **unidades integrantes** da estrutura de uma **mesma pessoa jurídica** nas quais são agrupadas **competências** a serem exercidas por meio de **agentes públicos**.

Em suma, órgãos são meros **conjuntos de competências**, **SEM** personalidade jurídica própria. São resultados da técnica de organização administrativa chamada "**desconcentração**".

Conceito legal:

O art. 1º, § 2º, I, da Lei 9.784/99 define órgão como *"a **unidade de atuação** integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta".*

Somente a pessoa jurídica possui personalidade jurídica. Os órgãos, suas partes, são centros de competências despersonalizados, cuja atuação, como visto pela teoria do órgão, é imputada a pessoa que integram. Essa construção jurídica é conhecida como **TEORIA DA IMPUTAÇÃO (ou da imputação volitiva)** e pode ser assim sintetizada: **o órgão atua por intermédio de seus agentes, e a atuação do órgão é imputada à pessoa jurídica que ele integra.**

Nesse sentido, pela imputação considera-se que a atuação do órgão e seus agentes é atuação da própria pessoa jurídica que ele integra. Assim, **é possível a responsabilização da pessoa jurídica por essa atuação**, mesmo nas hipóteses em que há abuso de poder.

A expressão "**funcionário de fato**" é usualmente empregada para descrever a situação do agente quando há **vício** ou **irregularidade** na sua **investidura** em cargo ou função pública, a exemplo da nulidade do concurso público, ou do descumprimento de requisito para a posse.

Em atenção à **teoria da aparência,** à **proteção da boa-fé** dos administrados e à **presunção de legalidade** dos atos administrativos, admite-se que a teoria da imputação seja aplicada, inclusive, ao "funcionário de fato", reputando-se válidos os atos por ele praticados.

Funcionário de fato x usurpador de função:

São institutos distintos e consequências distintas.

A teoria da imputação **não** chega ao ponto de alcançar o denominado **"usurpador de função"**, isto é, alguém que **exerça por conta própria** alguma **atividade** com aparência de função pública, mas não tenha, na

verdade, absolutamente **nenhum vínculo funcional com a administração pública** (o "funcionário de fato" tem vínculo com a administração, embora se trate de vínculo com vício de validade, que poderá até mesmo vir a ser declarado nulo; mas não é um vínculo inexistente, como ocorre com o "usurpador de função"). **A atuação do usurpador de função não é considerada atuação do órgão e não é, portanto, imputável ao Estado.**

IMPORTANTE! A distribuição de competências em unidades despersonalizadas não ocorre exclusivamente na administração direta. A rigor, sempre que, dentro de uma mesma pessoa jurídica, houver unidades as quais são atribuídas competências determinadas, essas unidades, resultado do processo de **desconcentração**, serão órgãos. **A desconcentração pode ocorrer nas autarquias, fundações públicas, EPs e SEMs.**

1.3. Características dos órgãos públicos

A principal característica dos órgãos é a **ausência de personalidade jurídica**.

Outras características são:

Integram a estrutura de uma pessoa política (União, Estado, DF ou Município), no caso dos órgãos da administração direta, ou de uma pessoa jurídica administrativa (autarquia, FP, EP ou SEM), no caso dos órgãos da administração indireta;
São resultado da **DESCONCENTRAÇÃO** administrativa;
Alguns possuem relativa autonomia gerencial, orçamentária e financeira;
Podem firmar, por meio de seus administradores, **contratos de gestão** com pessoas jurídicas **(CF, art. 37, § 8º)**;
Não têm capacidade para representar em juízo a pessoa jurídica que integram;
Alguns tem capacidade processual para defesa em juízo de suas prerrogativas funcionais.
Não possuem patrimônio próprio.
A criação formal de órgãos depende de lei **(CF, art. 48, XI; art. 61, §1º, II, "e")**. A iniciativa de lei que vise a criação ou a extinção do órgão da administração pública, no âmbito do poder executivo, é privativa do chefe desse poder. Tal entendimento é aplicado, por simetria, a todos os entes federados.

Órgão público possui capacidade processual?

De regra não. O **CPC**, em seu **art. 70**, atribui capacidade processual apenas às pessoas, por possuírem personalidade. Como visto, os órgãos são que não possuem personalidade jurídica própria, por isso, como regra, **não** possuem a chamada **capacidade processual**.

Contudo, existe exceção. Alguns órgãos têm capacidade processual, restrita e específica, **para defesa em juízo de suas atribuições administrativas**, isto é, são legitimados ativos para **impetração de mandado de segurança cujo objeto seja preservação de suas competências**.

É o que a doutrina chama de **personalidade judiciária**.

Somente os órgãos **independentes** e **autônomos** têm essa personalidade judiciária.

ATENÇÃO! Também foi conferida capacidade processual aos órgãos pelo CDC, que dispõe que são legitimados para promover a liquidação e execução de indenização as autoridades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica **(art. 82, III, do CDC)**.

Nesse sentido, teria ou não uma casa legislativa capacidade processual para ir a juízo e discutir a legalidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de seus membros?

Não, pois apesar de ser um órgão de cúpula, a matéria não se relaciona com prerrogativas institucionais daquela casa legislativa, mas sim questões patrimoniais de seus integrantes.

Em outras palavras, a casa legislativa **NÃO** possui personalidade jurídica, mas **apenas personalidade judiciária**, o que lhe autoriza a atuar em juízo apenas para defender os seus interesses estritamente institucionais, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Súmula n. 525 do STJ: A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, **apenas personalidade judiciária**, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

Capacidade contratual dos órgãos públicos:

Sobre a capacidade contratual Rafael Oliveira faz as seguintes considerações:

Em regra, os órgãos públicos **não possuem capacidade para celebrar negócios jurídicos**, isso porque o **Código Civil**, em seu **art. 1º**[2], só atribui tal a quem tem personalidade, portanto capacidade de direito.

Excepcionalmente o órgão, pelo menos na literalidade do **art. 37, § 8º**[3] da **CF**, poderá realizar contratos. Em tal dispositivo temos menção aos órgãos e as entidades da Administração Direta e Indireta, que **poderão**

[2] **Art. 1º** Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
[3] **Art. 37. [...] § 8º** A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - o prazo de duração do contrato;

realizar contratos que terão como objeto a autonomia gerencial. Tais contratos são conhecidos como **contratos de gestão**.

Até pouco tempo, o contrato de gestão, no Brasil, possuía duas conotações distintas:

A 1ª é a do art. 37, § 8º da CF, mas a nomenclatura – "Contrato de Gestão" foi consagrada pela doutrina e também pelo **art. 51**[4] da **Lei 9.649/98.**

A 2ª conotação se liga à Lei 9.637/98, que se refere às Organizações Sociais.

Contudo, após o advento da Lei n. 13.934/2019, o contrato referido no primeiro caso passou a ser chamado de **contrato de desempenho.** A citada lei veio para regulamentar o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado "contrato de desempenho", no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

Desse modo, a partir da Lei nº 13.934/2019, acabam as duas espécies de "contrato de gestão" e temos agora o seguinte cenário:

- **Contrato do § 8º do art. 37 da CF/88:** contrato de desempenho (Lei nº 13.934/2019);
- **Contrato entre o Poder Público e a organização social:** contrato de gestão (Lei nº 9.637/98).

O que a doutrina nominava contrato de gestão, no primeiro caso, era o **contrato interno** ou **endógeno**, ou seja, aquele formalizados no interior da Administração Pública. Em outras palavras, diz-se interno porque é celebrado dentro da própria estrutura do Estado. Aqui há a regulação de uma dada gestão, a implementação de uma dada meta de governo. O poder público fixa prazos para o cumprimento de tais metas, caso não sejam cumpridos desencadeiam a aplicação de dadas sanções, mas se o forem, há o alcance de alguns benefícios.

Conceito legal:

Lei n. 13.934/2019, Art. 2º Contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o **órgão ou entidade supervisora** e o **órgão ou entidade supervisionada**, por meio de seus administradores, para o

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
III - a remuneração do pessoal.

[4] **Art. 51.** O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:
I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.
§ 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.
§ 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

estabelecimento de **metas de desempenho** do supervisionado, com os respectivos **prazos de execução** e **indicadores de qualidade**, tendo como contrapartida a concessão de **flexibilidades** ou **autonomias especiais**.

§ 1º Meta de desempenho é o nível desejado de atividade ou resultado, estipulada de forma mensurável e objetiva para determinado período.

§ 2º Indicador de qualidade é o referencial utilizado para avaliar o desempenho do supervisionado.

§ 3º As **flexibilidades e as autonomias especiais** referidas no caput deste artigo podem compreender a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do supervisionado.

Objetivo do contrato de desempenho:

Lei n. 13.934/2019, Art. 5º O contrato de desempenho tem como objetivo fundamental a **promoção da melhoria do desempenho do supervisionado**, visando especialmente a:

I - aperfeiçoar o acompanhamento e o controle de resultados da gestão pública, mediante instrumento caracterizado por consensualidade, objetividade, responsabilidade e transparência;

II - compatibilizar as atividades do supervisionado com as políticas públicas e os programas governamentais;

III - facilitar o controle social sobre a atividade administrativa;

IV - estabelecer indicadores objetivos para o controle de resultados e o aperfeiçoamento das relações de cooperação e supervisão;

V - fixar a responsabilidade de dirigentes quanto aos resultados;

VI - promover o desenvolvimento e a implantação de modelos de gestão flexíveis, vinculados ao desempenho e propiciadores de envolvimento efetivo dos agentes e dos dirigentes na obtenção de melhorias contínuas da qualidade dos serviços prestados à comunidade.

Cláusulas obrigatórias:

Art. 7º O contrato de desempenho deverá conter, entre outras, cláusulas que estabeleçam:

I - **metas de desempenho**, prazos de consecução e respectivos indicadores de avaliação;

II - **estimativa dos recursos orçamentários** e **cronograma de desembolso dos recursos financeiros** necessários à execução das ações pactuadas, referentes a toda a vigência do contrato;

III - **obrigações** e **responsabilidades do supervisionado** e do **supervisor** em relação às metas definidas;

IV - **flexibilidades e autonomias especiais** conferidas ao supervisionado;

V - **sistemática de acompanhamento e controle**, contendo critérios, parâmetros e indicadores a serem considerados na avaliação do desempenho;

VI - **penalidades** aplicáveis aos responsáveis, em caso de falta pessoal que provoque descumprimento injustificado do contrato;

VII - condições para **revisão**, **prorrogação**, **renovação**, **suspensão** e **rescisão do contrato**;

VIII - **prazo de vigência**, **não superior a 5 (cinco) anos** nem **inferior a 1 (um) ano**.

Parágrafo único. O supervisionado deve:

I - publicar o extrato do contrato em órgão oficial, sendo a publicação condição indispensável para a eficácia do contrato;

II - promover ampla e integral divulgação do contrato por meio eletrônico.

Voltando à questão da capacidade contratual do órgão público. Numa interpretação literal do art. 37, § 8° da CF, temos a celebração de contrato por órgãos públicos.

OBS.: a partir desta interpretação literal, a **doutrina majoritária** critica o art. 37 § 8º da CF, inclusive a expressão "contrato" presente em tal dispositivo.

Há duas grandes críticas: 1ª. Esta noção de "contrato" seria uma figura esdrúxula, pois se é um órgão público formalizando contrato com o ente federado, nós teríamos a rigor um contrato consigo mesmo, considerando que a atuação do órgão público no mundo jurídico é imputada à pessoa jurídica que ele integra (o órgão presenta o próprio ente federado). O ordenamento não tolera esta figura de contrato consigo mesmo, não se tratando tecnicamente de um contrato; 2ª. Trata-se de uma visão tradicional que diferencia a figura do contrato da figura dos atos administrativos complexos, consubstanciados em convênios. A doutrina clássica (Celso Antônio, Di Pietro, Hely Lopes Meireles, Odete Medauar) afirma que o contrato é formado por interesses antagônicos e os atos administrativos complexos (convênio) se formam por interesses comuns. A figura do art. 37, § 8°, da CF não se trata propriamente de contrato, sendo na verdade um convênio ou um ato administrativo complexo.

Pensando em provas objetivas, o art. 37, § 8°, da CF seria uma exceção à capacidade contratual dos órgãos públicos. Por outro lado, pensando em provas subjetivas, a doutrina majoritária critica a expressão "contrato" e defende a tese de que se trata, na realidade, de convênio/ato administrativo complexo.

1.4. Classificação dos órgãos

Quanto a sua **ESTRUTURA**, os órgãos podem ser:

a) ÓRGÃOS SIMPLES: Órgãos simples ou unitários são constituídos por um só centro de competências. Estes órgãos não são subdivididos em sua estrutura interna, integrando-se em órgãos maiores. Não interessa

o número de cargos que tenha o órgão, mas sim a inexistência de subdivisões com atribuições específicas em sua estrutura, ou seja, estes órgãos exercem suas atribuições de forma **concentrada**.

b) ÓRGÃOS COMPOSTOS: os órgãos compostos reúnem em sua estrutura diversos órgãos, como resultado da **desconcentração** administrativa. **Ex.:** Ministérios e Secretarias.

Quanto a **ATUAÇÃO FUNCIONAL**:

a) ÓRGÃOS SINGULARES OU UNIPESSOAIS: são os órgãos em que a atuação ou as decisões são atribuição de um único agente, seu chefe e representante. **Ex.:** Presidência da República.

b) ÓRGÃOS COLEGIADOS OU PLURIPESSOAIS: são caracterizados por atuarem e decidirem mediante obrigatória manifestação conjunta de seus membros. **Ex.:** Tribunais e CN.

Quanto a **POSIÇÃO ESTATAL:**

a) ÓRGÃOS INDEPENDENTES: são os diretamente previstos no texto da CF, representando os três poderes (CN, Câmara dos deputados, STF, STJ, Presidência da República e *etc*.). São órgãos sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional. As atribuições destes órgãos são exercidas por agentes políticos.

b) ÓRGÃOS AUTÔNOMOS: situam-se na cúpula da administração, hierarquicamente logo abaixo dos órgãos independentes. Possuem ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos. **Ex.:** AGU, Ministérios, Secretarias de Estado e *etc*.

c) ÓRGÃOS SUPERIORES: São órgãos que possuem atribuição de direção, controle e decisão, mas que sempre estão sujeitos ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. **Não** tem autonomia administrativa nem financeira. **Ex.:** Procuradorias.

d) ÓRGÃOS SUBALTERNOS: são todos os órgãos que exercem atribuição de mera execução, sempre subordinados a vários níveis hierárquicos superiores. Tem reduzido poder decisório. **Ex.:** seções de expediente, de pessoal e *etc*.

2. HIERARQUIA: DELEGAÇÃO E AVOCAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

2.1 Conceito de Hierarquia

Segundo Rafael Oliveira, *a hierarquia é uma relação de **subordinação administrativa** entre agentes públicos que pressupõe a **distribuição** e o **escalonamento vertical** de **funções** no interior da organização administrativa.*

IMPORTANTE! No âmbito do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, a hierarquia existe apenas concernente às suas funções atípicas administrativas. Assim, por exemplo, o Presidente do Tribunal de Justiça pode editar, no exercício de sua função atípica, atos administrativos que deverão ser observados pelos servidores subordinados. No entanto, não há hierarquia por parte do referido magistrado sobre os demais magistrados no tocante ao julgamento das ações judiciais.

2.2 Prerrogativas e deveres hierárquicos

O **poder hierárquico** confere uma série de prerrogativas aos agentes públicos hierarquicamente superiores em relação aos seus respectivos subordinados, a saber:

Ordens: expedição de ordens, nos estritos termos da lei, que devem ser cumpridas pelos subordinados, salvo as ordens manifestamente ilegais;
Controle ou fiscalização: verificação do cumprimento por parte dos subordinados das ordens administrativas e das normas vigentes;
Alteração de competências: nos limites permitidos pela legislação, a autoridade superior pode alterar competências, notadamente por meio da delegação e da avocação;
Revisional: possibilidade de rever os atos praticados pelos subordinados para anulá-los, quando ilegais, ou revogá-los por conveniência e oportunidade, nos termos da respectiva legislação;
Resolução de conflitos de atribuições: prerrogativa de resolver, na esfera administrativa, conflitos positivos ou negativos de atribuições dos órgãos e agentes subordinados; e
Disciplinar: apurada eventual irregularidade na atuação funcional do subordinado, a autoridade superior, após o devido processo legal, garantindo a ampla defesa e o contraditório, deverá aplicar as sanções disciplinares tipificadas na legislação.

2.3 Subordinação x vinculação

No âmbito da organização administrativa, existem relações de **subordinação** e de **vinculação** que **não** se confundem. É relevante, portanto, distinguir a subordinação e a vinculação.

A relação de **subordinação** decorre naturalmente da **hierarquia** existente no interior dos órgãos e das entidades administrativas, pois há hierarquia em toda e qualquer **desconcentração administrativa**, seja entre órgãos da Administração Direta, seja no interior de determinada entidade da Administração Indireta.

Em resumo, a subordinação tem **caráter interno**, não havendo que falar em subordinação nas relações interadministrativas.

A **vinculação**, por sua vez, é encontrada entre entidades da Administração Indireta e os respectivos entes federados. **Entre pessoas jurídicas distintas**, em razão da autonomia dessas entidades, **não existe hierarquia**, mas apenas os controles previstos expressamente na legislação (vinculação). Trata-se de **relação externa**, envolvendo pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia.

Assim, por exemplo, no interior de uma autarquia federal, os respectivos servidores encontram-se subordinados ao Presidente da entidade. A referida autarquia, por sua vez, encontra-se vinculada à União, por meio da denominada **supervisão ministerial**.

A distinção entre subordinação e vinculação acarreta consequências jurídicas importantes. Mencione-se, por exemplo, a questão envolvendo o recurso hierárquico para revisão de determinado ato administrativo.

Nas relações hierárquicas, marcadas pela **subordinação**, o subordinado, insatisfeito com o teor de determinada decisão administrativa, tem o direito de interpor recurso hierárquico perante a autoridade superior.

Por outro lado, nas relações de **vinculação**, como não há hierarquia entre as pessoas administrativas e o respectivo Ente federado, o cabimento do **recurso hierárquico "impróprio"** (não há tecnicamente hierarquia) **depende necessariamente de previsão legal expressa** *(nulla tutela sine lege)*. Isso porque, a autonomia da entidade administrativa é delimitada pela respectiva lei que criou ou que autorizou a criação da referida entidade, sendo certo que o recurso hierárquico impróprio, ao viabilizar a interferência externa na entidade que proferiu a decisão recorrida, representa verdadeira exceção à autonomia administrativa. **Vale dizer: apenas a lei poderia excepcionar a autonomia que ela própria reconheceu à entidade.**

Exceção para a área federal:

No que toca às **Agências Reguladoras Federais**, o **AGU** emitiu um **Parecer da AGU, AC – 051**, concluindo que **caberia recurso hierárquico impróprio e até mesmo a avocatória** (trazer para si) **diante de decisões de agências reguladoras**, **mesmo sem previsão legal expressa**, contrariando a jurisprudência e a doutrina pacificada. O fundamento de tal é uma interpretação literal do art. 84, II da CF, pelo qual o chefe do

executivo exerce a direção superior de toda a Administração Pública e nesse sentido lhe seria possível modificar as decisões de tais entidades, via recurso hierárquico impróprio e até mesmo avocatória.

Rafael Oliveira, discorrendo sobre o tema, destaca que tal parecer é normativo e vinculante, eis que aprovado pelo Presidente da República. É o que se aplica para a Administração Federal hoje.

Cuidado com isso! É um parecer que vale para as entidades que se submetem à AGU. É uma posição isolada, eis que a maioria da doutrina e jurisprudência do STJ entendem de forma contrária. (Rafael Oliveira)

2.4 Competência administrativa

Ricardo Alexandre e João de Deus[5] definem **competência** *como o* ***conjunto de atribuições*** *conferidas pelo ordenamento jurídico às* ***pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos****, com o objetivo de possibilitar o* ***desempenho de suas atividades.***

A distribuição de competências viabiliza a organização administrativa do Poder Público, estabelecendo quais as atribuições que cabem a cada pessoa política, órgão ou agente.

Os citados autores trazem um bom exemplo para compreender a divisão de trabalho, mediante a repartição de competência entre órgãos e entre agentes públicos:

No caso da competência para aplicação de multa por infração à legislação do imposto de renda, temos o seguinte:

a) *Dentre as pessoas políticas, a União é a competente para instituir, fiscalizar e arrecadar o imposto, bem como para definir as respectivas infrações e penalidades;*

b) *No tocante à instituição do tributo e cominação de penalidades (competência de natureza legislativa), dentre os Órgãos Constitucionais da União, competente é o Congresso Nacional;*

c) *No que concerne à fiscalização e aplicação de penalidades relativas ao IR (competência de natureza administrativa), dentre os órgãos administrativos da União, a competência foi atribuída à Receita Federal do Brasil;*

d) *Dentre os servidores da Receita Federal do Brasil, o Auditor Fiscal lotado na repartição em cuja circunscrição se encontra o fiscalizado é o agente público que possui atribuições legais para lavrar o auto de infração e aplicar a multa pelo descumprimento da obrigação tributária.*

Espécies de competências:

[5] Ricardo Alexandre e João de Deus. Direito Administrativo Esquematizado. Editora Método.

Primária: quando a competência é estabelecida pela **lei** ou pela **Constituição**.

Secundária: Nos casos de órgãos de menor hierarquia, a competência também pode vir expressa em **normas de organização**, editadas pelos órgãos de competência primária. Nesse caso, temos uma norma de **competência secundária**, pois é produto de um ato emanado de um órgão ou agente que possui competência primária.

Por fim, é oportuno registrar que alguns autores, em vez do elemento competência, preferem utilizar a terminologia sujeito ou agente competente. Para esses autores, de modo geral, não é suficiente que o sujeito seja competente, sendo necessário também que ele seja capaz e que não haja óbices a sua atuação no caso concreto. Nesse contexto, o requisito não resta cumprido quando o agente, apesar de possuir competência legal para a prática de determinado ato, está afastado de suas funções por motivo de férias, licença, suspensão ou está impedido de atuar em razão de parentesco próximo.

2.4.1 Características da competência

Embora não haja uma relação unânime na doutrina, é possível enumerar as seguintes características da competência:

a) É de **exercício obrigatório** pelos órgãos e agentes públicos, uma vez que se trata de um poder-dever. Não é possível imaginar, por exemplo, que um policial deixe de prender um criminoso surpreendido em flagrante delito;

b) É **irrenunciável** (ou inderrogável), seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros, pois é estabelecida em razão do interesse público (princípio da indisponibilidade do interesse público). É incabível, por exemplo, que uma delegacia de polícia, diante de um aumento extraordinário da ocorrência de crimes graves e da sua insuficiência de pessoal, decida por não mais registrar boletins de ocorrências relativos a crimes “menos graves”;

c) É **intransferível**, pelo mesmo motivo anterior, não podendo ser objeto de transação ou acordo que vise a repassá-la a outra pessoa.

ATENÇÃO! É importante registrar que a **delegação** de competência **não** implica transferência de sua titularidade, mas **mera autorização para o exercício de certas atribuições não exclusivas da autoridade delegante**, que poderá, a qualquer tempo, revogar a delegação;

d) É **imodificável** por ato do agente, quando tiver sido fixada pela lei ou pela Constituição, de forma que só tais normas poderão alterá-la;

e) É **imprescritível**, ou seja, ainda que não utilizada por muito tempo, o agente continua competente;

f) É **improrrogável**, salvo disposição expressa prevista em lei, o que quer dizer, em regra, que o agente incompetente não passa a ser competente pelo simples fato de ter praticado o ato ou de ter sido o primeiro a tomar conhecimento dos fatos que motivariam a sua prática.

2.4.2 Delegação e avocação de competência

Conceito de delegação de competência:

A **delegação** de competência é o fenômeno pelo qual

- um **órgão administrativo** ou um **agente público**
- transfere a **outros órgãos ou agentes públicos**
- a **execução de parte das funções** que lhes foram originalmente atribuídas

Como **regra**, a delegação é feita para órgão ou agente de **plano hierárquico inferior**.

Todavia, a doutrina moderna entende admissível a delegação fora da linha hierárquica, quando justificadamente necessário. É possível imaginarmos, por exemplo, que uma Secretaria de Saúde estadual delegue para órgão da Secretaria de Administração o encargo de promover licitação para compra de determinados bens, levando em consideração problemas graves em procedimentos licitatórios anteriormente realizados, o grande vulto do novo contrato que deseja celebrar e a excelência do órgão delegatário nas realizações de licitações bem-sucedidas. (Ricardo Alexandre e João de Deus)

A própria **Lei 9.784/99**, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estatui que:

> **Art. 12: Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.**

O ato de delegação **não retira a atribuição da autoridade delegante**, **que continua competente para o exercício das funções cumulativamente com a autoridade delegada**. Contudo, o **delegado**, ao praticar atos com base nos poderes que lhe foram atribuídos, **age em nome próprio e responde pelas decisões que tomar**.

Em outros termos, se houver regular delegação de competências, o delegante não responde pelos atos praticados pelo agente delegado, no âmbito das atribuições objeto do ato de delegação**.**

A delegação é **ato DISCRICIONÁRIO** da autoridade competente, que, **não** havendo impedimento legal, deve avaliar a conveniência e a oportunidade da medida, levando em conta circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Da mesma forma, adotando semelhantes cautelas, **a autoridade delegante também poderá revogar a qualquer tempo a delegação anteriormente realizada**. Nessa linha, é possível afirmarmos que a REGRA é a possibilidade de delegação de competências, só não sendo esta possível se houver algum impedimento legal.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PC-ES, 2011: Pelo instituto da delegação ocorre a transferência do requisito da competência.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, FNDE, 2012: Na delegação e avocação do ato administrativo, transfere-se a titularidade da competência.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, PROCURADOR DO MPC, 2004: Um órgão administrativo e seu titular não podem, sem previsão legal expressa, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares.

Errado.

A respeito da delegação de competência é importante conhecer o que dispõe a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), nos seus arts. 11 a 14, as seguintes regras:

Não será permitida a delegação: **a.1)** da edição de **atos de caráter normativo**; **a.2)** da **decisão de recursos administrativos**; **a.3)** de matérias de **competência exclusiva** do órgão ou autoridade; **a.4)** quando houver algum **impedimento legal específico**;

A delegação pode ser feita a órgãos ou agentes públicos, independentemente de estes serem hierarquicamente subordinados aos órgãos ou autoridades delegantes;

É permitida apenas a delegação de **parte** da competência (a delegação total da competência é vedada);

A delegação é **ato discricionário**, cujo juízo de conveniência para sua prática deverá levar em consideração circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, e é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante;

O ato de delegação e sua revogação **deverão ser publicados no meio oficial**;

O ato de delegação **especificará as matérias e poderes transferidos**, os **limites da atuação do delegado**, a **duração** e os **objetivos da delegação** e o **recurso cabível**;

As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e **considerar-se-ão editadas pelo delegado, ou seja, o delegado responde pelas suas decisões.**

Quanto a este último aspecto, é oportuno registrar que a **Súmula 510 do STF** prescreve que: "*Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial*".

Com base nessa orientação, no julgamento do *MS 24.732 MC/DF*, o *STF* decidiu que o foro da autoridade delegante não se transmite a autoridade delegada. Assim, se o ato foi praticado pela autoridade delegada, qualquer medida judicial proposta contra este ato deverá respeitar o foro da autoridade delegada.

Conceito de avocação:

A **avocação** é fenômeno inverso ao da delegação e consiste na

- possibilidade de o **SUPERIOR HIERÁRQUICO**
- **trazer para si temporariamente**
- **o exercício de competências legalmente estabelecidas para órgão ou agente hierarquicamente inferior**.

Cabe avocação fora da linha hierárquica?

Não, ao contrário da delegação, **não cabe avocação fora da linha hierárquica**, uma vez que a utilização do instituto depende de um **poder de vigilância e controle somente existente nas relações hierarquizadas.**

ATENÇÃO! Não se pode confundir avocação com revogação de delegação

Esquematizando:

AVOCAÇÃO	REVOGAÇÃO
Na **AVOCAÇÃO**, a competência é originariamente do órgão ou agente **subordinado** e, de forma **temporária**, passa a ser exercida pelo órgão ou autoridade avocante.	Na **REVOGAÇÃO de delegação**, a competência já era originariamente da autoridade ou órgão delegante, que entende por conveniente e oportuno **revogar o ato de delegação** e **voltar a exercer suas atribuições legais por mão própria.**

A avocação é providência **excepcional**. A própria Lei 9.784/99 (art. 15) dita que a avocação é permitida "em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados".

Por ser excepcional, a avocação também possui a característica de ser **temporária.** Nesse sentido é o art. 15 da Lei 9.787/99.

IMPORTANTE! Não é possível ao **órgão superior** avocar a competência do **órgão subordinado quando se tratar de competências exclusivas** do órgão ou agente inferior atribuídas por lei. Assim, não pode o Secretário de Segurança Pública, mesmo estando alguns degraus hierárquicos acima de todos os Delegados da Polícia Civil, avocar para si a competência para presidir determinado inquérito policial, pois tal competência é exclusiva dos titulares desses cargos.

Lei 9.784/99:

DA COMPETÊNCIA

Art. 11. A competência é **irrenunciável** e se exerce pelos **órgãos administrativos** a que foi atribuída como própria, **salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos**.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão,

- **se não houver impedimento legal**,

- **DELEGAR parte** da sua competência a outros órgãos ou titulares,

- **ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados**,

- quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. **NÃO PODEM SER OBJETO DE DELEGAÇÃO**:

I - a edição de **atos de caráter normativo**;

II - a decisão de **recursos administrativos**;

III - as matérias de **competência exclusiva** do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação **deverão ser publicados no meio oficial**.

§ 1º O ato de delegação

- **especificará as matérias e poderes transferidos**,

- **os limites da atuação do delegado**, a

- **duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível**,

- podendo conter **ressalva** de exercício da atribuição delegada.

§ 2º O ato de delegação é **revogável** a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem **mencionar explicitamente esta qualidade** e **considerar-se-ão editadas pelo delegado**.

Art. 15. Será permitida,

- em **caráter excepcional** e
- por **motivos relevantes devidamente justificados**,
- a **AVOCAÇÃO temporária** de competência atribuída a **órgão hierarquicamente inferior**.

2.4.3 Vícios de competência

Em algumas situações, o ato administrativo pode sofrer algum defeito em razão de problemas com a competência do agente que o pratica. Esse fenômeno é chamado de vício de competência, e os principais são:

a) Excesso de poder;

b) Usurpação de função;

c) Função de fato.

O **excesso de poder** ocorre quando o agente que pratica o ato **excede os limites de sua competência**, indo além das providências que poderia adotar no caso concreto. Tal comportamento configura uma das espécies de **abuso de poder** (a outra é o desvio de poder, que é vício de finalidade).

Vício de competência admite convalidação?

SIM. O vício de competência (excesso de poder), porém, nem sempre obriga à anulação do ato. **O vício de competência admite convalidação, SALVO caso se trate de competência em razão de matéria ou de competência EXCLUSIVA.**

A **usurpação de função**, como visto anteriormente, acontece quando uma pessoa exerce atribuições próprias de um agente público, **sem que tenha essa qualidade**. Por exemplo, uma pessoa que, fingindo ser titular do cargo de juiz, passa a celebrar casamentos civis. A conduta é tão grave que é tipificada como crime no art. 328 do Código Penal brasileiro. No que concerne às consequências no âmbito administrativo, o ato praticado pelo usurpador é considerado **inexistente**.

Já a **função de fato** se dá quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função pública ou quando, mesmo devidamente investida, existe algum impedimento jurídico para a prática do ato naquele momento. Por exemplo, o ato administrativo de servidor público que tomou posse em cargo público sem que tivesse a idade mínima ou a formação universitária exigida pela lei, ou a hipótese de ato praticado por servidor que estava suspenso do exercício de suas atribuições no momento em que agiu.

Com visto, nessa hipótese, a prática do ato ocorre num contexto de aparência de legalidade. Por isso, em razão da **teoria da aparência**, havendo boa-fé do administrado, esta deve ser respeitada, devendo ser considerados **válidos** os atos praticados pelo funcionário de fato.

Como exemplo, podemos citar o clássico caso do particular que procura uma repartição para obter uma certidão negativa de débito necessária para que ele participe de um procedimento licitatório. Imaginemos que o servidor que emita e assine a certidão tenha provido o cargo efetivo que exerce sem ter passado pelo necessário concurso público. Obviamente não se pode exigir que o particular que procura a Administração realize uma investigação prévia sobre a legalidade da investidura do agente público que se propõe a atendê-lo, pois, se a Administração Pública somente pode fazer o que a lei lhe autoriza e nos precisos limites de tal autorização (princípio da legalidade), há de se presumir que, se ela agiu, a ação ocorreu em consonância com a lei autorizativa, de forma que a presunção de legalidade que milita em favor de todo ato administrativo também serve como garantia para o administrado que presume a atuação legal do Poder Público.

Não obstante, para que tal raciocínio seja aplicável e o ato praticado pelo servidor de fato gere efeito para terceiros, estes devem estar de boa-fé. Se, no exemplo citado, o servidor, que sabe da ilegalidade do seu provimento, aproveita-se da situação e combina com terceiro: “olha, eu estou em situação ilegal, de qualquer forma um dia vou ter que sair... então passa lá que eu dou um jeito e consigo tua certidão”. Nesse caso, não há boa-fé do terceiro e os efeitos da **nulidade** a ele se estendem, sendo inválida a certidão assim emitida.

3. CENTRALIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

O Estado exerce a função administrativa por meio de órgãos, pessoas jurídicas e seus respectivos agentes. Para o desempenho de suas atribuições, o Estado adota duas formas básicas de organização: centralização e descentralização.

Ocorre a **CENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA** quando o Estado executa suas tarefas diretamente, por meio dos órgãos e agentes integrantes da denominada administração direta. Nesse caso os serviços são prestados diretamente pelos órgãos do Estado, despersonalizados, integrantes de uma mesma pessoa política (União, estados, DF ou municípios).

Ocorre a **DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA** quando o Estado desempenha algumas de suas atribuições por meio de outras pessoas, e não pela sua administração direta. A descentralização pressupõe duas pessoas distintas: o Estado (União, DF, Estado ou Município) e a pessoa que executará o serviço por colaboração, por ter recebido do Estado essa atribuição.

ATENÇÃO! A descentralização pode ocorrer por **outorga** (também chamada descentralização por serviços, ou delegação legal) ou por **delegação** (também chamada descentralização por colaboração, ou delegação negocial).

A **descentralização** será **por OUTORGA** quando o Estado cria uma entidade (pessoa jurídica) e a ela transfere determinado serviço público. A outorga pressupõe obrigatoriamente a **edição de uma lei** que institua a entidade, ou autorize a sua criação, e normalmente seu prazo é indeterminado.

É o que ocorre na criação das entidades da **administração indireta**: o Estado descentraliza a prestação dos serviços, outorgando-os a outras pessoas jurídicas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas). Como as competências da entidade são estabelecidas em lei, a descentralização por serviços implica a **TRANSFERÊNCIA À ENTIDADE DA TITULARIDADE e DA EXECUÇÃO do serviço descentralizado.**

A **descentralização** é efetivada **por DELEGAÇÃO** quando o poder público transfere, **por contrato** (concessão ou permissão de serviços públicos) ou **ato unilateral** (autorização), **unicamente a EXECUÇÃO do serviço**, para que a pessoa delegatária o preste à população, em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado. Não há lei. A **titularidade** do serviço permanece com o poder público.

A delegação por contrato é **sempre** efetivada por **prazo determinado**. Na delegação por ato administrativo (**autorização** de serviços públicos), como regra, não há prazo certo, por causa da precariedade típica da autorização (possibilidade de revogação a qualquer tempo, em regra sem indenização). A **concessão** só é possível para pessoas jurídicas, ao passo que pode haver **permissão** e autorização para pessoas jurídicas ou físicas.

ATENÇÃO! É muito frequente o uso das expressões "outorga de concessão" e "outorga de permissão", sem que isso implique qualquer relação com o termo doutrinário "descentralização por outorga". Nesses casos a palavra "outorga" está sendo usada em sentido de "dar ou atribuir". Concessão e permissão são sempre formas de "descentralização por delegação".

IMPORTANTE! Em nenhuma forma de descentralização há hierarquia.

Na relação entre a administração direta e indireta, na verdade, há a chamada **vinculação** (e não subordinação). A primeira exerce sobre a segundo o chamado **controle finalístico** ou **tutela administrativa** ou **supervisão**. Para o exercício do controle finalístico é exigida expressa previsão legal, que determinará os limites e os instrumentos de controle (atos de tutela).

O controle exercido pelo poder delegante é muito mais amplo do que o exercido nos casos de outorga. Contudo, tampouco nesse caso há hierarquia entre o poder delegante e a delegatária do serviço público. Tem-se controle rígido, poderes especiais atribuídos ao concedente, mas **não** hierarquia.

ATENÇÃO! Há doutrina que aponta uma **terceira modalidade de descentralização**. Trata-se da denominada **descentralização territorial ou geográfica**, que pode ocorrer, no Brasil, na hipótese teórica de vir a ser criado algum território federal.

Diferentemente da descentralização, que envolve sempre mais de uma pessoa, a **DESCONCENTRAÇÃO** ocorre exclusivamente **dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica.** A desconcentração é mera **técnica administrativa de distribuição interna de competências de uma pessoa jurídica.**

Ocorre desconcentração administrativa quando uma pessoa política ou uma entidade da administração indireta distribui competências no âmbito de sua própria estrutura a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços. Vale repetir, desconcentração **envolve, obrigatoriamente, uma só pessoa jurídica**.

Ocorre desconcentração, por exemplo no âmbito da administração direta federal, quando a União distribui competências entre diversos órgãos de sua própria estrutura, tais como os ministérios; ou quando uma autarquia, por exemplo, uma universidade pública, estabelece uma divisão interna de funções, criando, na própria estrutura, diversos departamentos.

ATENÇÃO! A desconcentração (mera técnica administrativa de distribuição interna de atribuições) ocorre tanto no exercício de competências pela administração direta quanto pela indireta. **Ex.:** temos desconcentração tanto em um município como em uma SEM.

Como resultado da **desconcentração** temos o surgimento dos chamados **ÓRGÃOS PÚBLICOS**. Um órgão público é uma simples abstração, é o nome que se dá a um determinado conjunto de competências, localizado na estrutura interna de uma pessoa jurídica, seja ela da administração direta, seja da administração indireta.

IMPORTANTE! Como a desconcentração ocorre no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, surge relação de **hierarquia**, de **subordinação**, entre os órgãos dela resultantes. No âmbito interno das entidades desconcentradas temos controle hierárquico, o qual compreende os poderes de comando, fiscalização, revisão, punição, solução de conflitos de competência, delegação e avocação.

ATENÇÃO! Alguns autores utilizam a expressão **CONCENTRAÇÃO administrativa** para descrever o fenômeno inverso: a situação em que uma determinada pessoa jurídica integrante da administração pública extingue órgãos antes existentes em sua estrutura, reunindo em um número menor de unidades as respectivas competências.

Um serviço pode ser prestado centralizadamente mediante desconcentração, se o for por um órgão da administração direta, ou pode ser prestado descentralizadamente mediante desconcentração, se o for por uma unidade – superintendência, divisão, departamento, seção *etc* – integrante da estrutura de uma mesma pessoa jurídica da administração indireta (autarquia, fundação pública, EP ou SEM).

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

4.1 Conceito de Administração Direta, Administração Indireta e Entidade Paraestatais

ADMINISTRAÇÃO DIRETA é o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, Estados, DF e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma **centralizada**, de atividades administrativas.

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA é o conjunto de pessoas jurídicas (desprovidas de autonomia política) que, **vinculadas** à administração direta, têm competência para o exercício, de forma **descentralizada**, de atividades administrativas.

No Brasil, o **Decreto-lei 200/1967**, em seu **art. 4º**, estabelece a organização da administração pública federal, conforme abaixo transcrito:

> **Art. 4°** A Administração Federal compreende:
>
> **I -** A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.
>
> **II -** A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
>
> **a)** Autarquias;
>
> **b)** Emprêsas Públicas;
>
> **c)** Sociedades de economia mista.
>
> **d)** fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)
>
> **Parágrafo único.** As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado do § 1º pela Lei nº 7.596, de 1987)

LEMBRAR! No Brasil, existe administração pública em todos os entes federados, e todos os Poderes da República têm órgãos administrativos. Ademais, a administração indireta pode ser integrada por entidades vinculadas a qualquer dos três Poderes.

Essa organização é obrigatória para a União, os Estados, o DF e os Municípios, tendo em vista o tratamento dado à matéria – estrutura da administração pública brasileira – pela CF/88.

EXTRA - Rafael Oliveira

Características ou princípios da administração indireta como um todo:

A doutrina destaca algumas características ou princípios:

- Princípio da reserva legal: que todas as entidades da Administração Indireta devem ser criadas a partir da legislação. Ou seja, ou elas serão diretamente criadas pela lei **ou** a partir de uma autorização da lei.

Quando a pessoa for de direito público (**autarquias** e **fundações de direito público** também chamadas de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais), a entidade será criada **diretamente pela le**i. Ou seja, com a vigência da lei, a pessoa estará automaticamente criada.

A lei irá apenas **autorizar** a criação das pessoas públicas de direito privado, mas a sua criação efetivamente apenas ocorre a partir do **registro**, como ocorre com toda pessoa jurídica de direito privado (**empresas públicas**, **sociedades de economia mista** e **fundação estatal de direito privado**).

Tanto na lei que cria ou na lei que autoriza a criação das entidades, a iniciativa da lei é do chefe do executivo **(art. 37, XIX, da CF c/c art. 61 da CF).**

- Princípio da especialidade: Rafael Oliveira traz uma crítica a tal, pois é uma obviedade e uma decorrência lógica da reserva legal. Para os que defendem tal princípio, cada entidade vai ser criada para o desempenho de uma atividade específica que será delimitada na lei que a criou ou a autorizou.

Cite-se, como exemplo, o INSS, que foi criado para atuar, especificamente, em questões previdenciárias e assistenciais.

- Princípio do controle: todas as entidades da Administração Indireta são **CONTROLADAS** pelo respectivo ente federativo **(CONTROLE FINALÍSTICO)**. Aqui se fala em controle, mas para a doutrina, não é tecnicamente correto afirmar que há subordinação entre as entidades da Administração Indireta e o respectivo ente federado. **NÃO HÁ SUBORDINAÇÃO ENTRE A ENTIDADE E O ENTE FEDERADO. Ex.:** uma empresa pública estatal não está subordinada ao Estado. Trata-se, propriamente, de uma relação de controle, de vinculação, não sendo uma relação de subordinação.

De acordo com a doutrina, só se pode falar em hierarquia ou subordinação para uma estrutura interna de uma pessoa. Deve-se olhar para o interior de uma pessoa, isso tanto vale para o poder público e para as empresas privadas. Não há hierarquia ou subordinação entre pessoas jurídicas distintas.

Ex.: imaginemos uma autarquia federal, e diante de um ato emanado dentro de tal há a possibilidade de recurso hierárquico, onde o recurso será analisado pelo superior hierárquico. Aqui se diz que se trata de recurso hierárquico próprio, pois há hierarquia dentro da estrutura de tal entidade. Estando essa autarquia

vinculada à União e havendo previsão de mais um recurso a ser apreciado por esta, como não há hierarquia propriamente dita entre a entidade e o ente, a doutrina entende que se trata de um recurso hierárquico impróprio. **OBS.: para a maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência pacífica do STJ só há possibilidade de recurso hierárquico impróprio se houver previsão legal expressa *(nulla tutela sine lege)*.** O cabimento do recurso hierárquico impróprio revela uma exceção à autonomia da entidade. Como é a lei que confere autonomia à entidade, somente a lei poderá excepcioná-la.

- Controle financeiro: parte do orçamento será destinado a tais entidades, o que justifica a fiscalização/controle financeiro a ser exercido pelo Poder Legislativo e pelos respectivos Tribunais de Contas.

5. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

5.1 Criação de entidades da Administração Indireta

Está disciplinada no art. 37, XIX, da 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> **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 (Fundação), definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Criação das entidades da Administração Indireta:

Conforme se nota, há duas sistemáticas para a criação das entidades da administração indireta:

- No caso das **autarquias**: **criação por lei específica**, diretamente;
- Para as **demais entidades**: **mera autorização**, dada em lei específica.

A primeira forma de criação é a sistemática adotada para conferir a uma entidade personalidade jurídica de **direito público**. Está prevista na CF, de forma literal, apenas para as autarquias. O ente federado só precisa editar uma lei ordinária cujo conteúdo específico seja a criação da autarquia; com o início da vigência da lei, a autarquia adquire personalidade jurídica, está instituída. **Não cabe cogitar inscrição de atos constitutivos em registro público** (a própria lei é o ato constitutivo da entidade).

Na segunda hipótese, a criação da entidade, ou seja, a aquisição de personalidade jurídica, efetivamente ocorre quando o Poder Executivo **elabora os atos constitutivos e providencia sua inscrição no registro público competente** (os atos constitutivos usualmente são corporificados em um decreto, mas não é a publicação do decreto que dá nascimento à entidade, e sim o registro dos atos constitutivos). Essa é a sistemática própria de criação de pessoas jurídicas de **direito privado**.

Como funciona no caso das Fundações Públicas?

Como se vê, o inciso XIX do art. 37 da CF pretendeu atribuir às Fundações Públicas - FP a condição de pessoas jurídicas de direito privado, igualando-as, nesse aspecto, às Empresas Públicas - EP e Sociedades de Economia Mista - SEM.

Conquanto seja patente que o constituinte derivado teve a intenção de que todas as FP passassem a ser criadas obrigatoriamente com personalidade jurídica de direito privado, **nossa jurisprudência, inclusive a do STF, e a doutrina dominante admitem que as fundações públicas sejam criadas com personalidade jurídica de direito público, diretamente por lei específica.** Nesse caso, porém, elas serão uma "espécie do gênero autarquia" **(FUNDAÇÃO AUTÁRQUICA)**.

Resumindo: As Fundações Públicas podem ser criadas na forma prevista na 2ª parte do inciso XIX do art. 37 da CF, revestindo, então, personalidade jurídica de direito **privado**, mas podem, também, por construção doutrinária e jurisprudencial, ser criadas diretamente por lei específica, com personalidade jurídica de direito **público**, hipótese em que serão uma espécie de autarquia (usualmente denominadas fundações autárquicas, ou autarquias fundacionais).

Extinção das entidades da Administração Indireta:

A extinção das entidades de que trata o inciso XIX do art. 37 da CF, em atenção ao **princípio da simetria das formas jurídicas**, deve ser efetuada seguindo a **mesma sistemática observada em sua criação**. Caso a entidade tenha sido **criada diretamente por lei específica** (autarquias e fundação pública com personalidade jurídica de direito público) deverá ser extinta diretamente por lei específica. Se a entidade teve sua criação **autorizada mediante lei específica** e nasceu com a inscrição de seus atos constitutivos no registro público, sua extinção deve ser simplesmente autorizada em lei específica e, então, providenciada pelo poder executivo (caso se trate de entidade a ele vinculada).

Em qualquer hipótese, a **lei específica** que crie ou que autorize a criação, extinga ou autorize a extinção de uma entidade da administração indireta vinculada ao Poder Executivo é de **INICIATIVA PRIVATIVA** do chefe do Poder Executivo.

CF, Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*;*

ATENÇÃO! Na hipótese de criação ou extinção de uma entidade da administração indireta vinculada aos Poderes Legislativo ou Judiciário, a iniciativa da lei respectiva não será, evidentemente, do chefe do Poder Executivo, mas sim do respectivo poder a que esteja vinculada a entidade.

A parte final do referido dispositivo constitucional (art. 37, inc. XIX) prevê a edição de uma **lei complementar** para o estabelecimento das áreas em que poderão atuar as Fundações Públicas (FP). Trata-se de regra aplicável tanto às FP com personalidade jurídica de direito privado quanto às FP com personalidade jurídica de direito público. Essa LC até hoje **não** foi editada.

5.2 Criação de subsidiárias e participação no capital de empresas privadas

Nos termos do inciso XX do art. 37 da CF:

Art. 37. (...), **XX -** depende de **autorização legislativa**, em cada caso, a **criação de subsidiárias** das entidades mencionadas no inciso anterior, **assim como a participação de qualquer delas em empresa privada**;

O que é uma empresa subsidiária?

Subsidiária é sinônimo de controlada. Quando a entidade matriz detém a totalidade do capital da subsidiária, temos uma **"subsidiária integral"**; caso a entidade-matriz detenha apenas o controle societário, mas não a integralidade do capital subsidiário, resulta configurada uma **"subsidiária controlada"**. Em qualquer caso a subsidiária tem **personalidade jurídica própria**, vale dizer, é uma pessoa jurídica, distinta da pessoa controladora, e não um órgão, ou uma mera filial.

Somente EP e SEM podem ter subsidiárias, pois a relação de controle que existe entre a pessoa jurídica matriz e a subsidiária seria própria de pessoas com estrutura empresarial, e inadequada a autarquias e fundações públicas.

ATENÇÃO! A maioria da doutrina entende que elas **NÃO FAZEM PARTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, não são administração pública**. Posição também defendida pelo **STF**.

O regime jurídico que se sujeitam é, predominantemente, o de direito privado, mas a CF e algumas leis administrativas estendem a elas regras de direito público, tais como: vedação a acumulação de cargos, empregos e funções; realização de concurso público, sujeição ao teto remuneratório caso recebam recursos

do Poder Público para despesa de pessoal, obrigatoriedade de licitação, atos lesivos a elas podem ser objeto de AP, seus agentes sujeitam-se a Lei de Improbidade e etc.

Autorização para a criação de subsidiária

Apesar de a CF estabelecer que a autorização legislativa para a criação de subsidiárias das entidades da administração indireta e para a participação delas no capital de empresas privadas deve ocorrer "em cada caso", o STF já decidiu que é suficiente, para satisfazer a exigência do inc. XX do art. 37 da CF, **a existência de um dispositivo conferindo genericamente essa autorização na própria lei que criou (ou autorizou a criação) determinada entidade da administração indireta (STF, ADI 1.491 MC, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.5.2014).**

Assim, basta, por exemplo, para a criação de subsidiárias da empresa pública Fulano, que a lei que autorizou a criação dessa hipotética empresa pública tenha um artigo dispondo: "É autorizada a criação de subsidiárias pela EP Fulano".

Em resumo, não é necessária uma específica autorização legislativa para cada subsidiária que a empresa Fulano pretenda criar.

ATENÇÃO! O STF entende que **NÃO** podem ser criadas sociedade de economia mista (SEM) (ou qualquer outra entidade da administração indireta) com fundamento no inciso XX, do art. 37 da CF. **A criação das entidades da administração indireta só é possível nos termos do art. XIX, do art. 37 da CF**.

Como caiu em prova:

TRF-3 (BANCA PRÓPRIA), 2018 (Adaptada): Lei que crie sociedade de economia mista controlada pela União pode conter cláusula genérica que permita àquela sociedade adquirir participação em outras empresas.

Certo.

5.3 Características comuns às entidades da Administração Indireta

- Têm personalidade jurídica **própria**;
- Têm autonomia **administrativa** e **financeira**;
- Têm relação de **vinculação** (e não subordinação) com a administração direta; sujeitam-se à tutela administrativa da administração direta (controle finalístico ou de supervisão);

Em decorrência da inexistência de hierarquia, o exercício do **controle finalístico** pressupõe **expressa previsão legal**, que determinará os limites e os instrumentos de controle (atos de tutela). Essa é a diferença fundamental entre o controle hierárquico e a mera supervisão:

a) **Controle hierárquico:** É permanente, e a autorização para o seu exercício decorre de forma automática da própria hierarquia, independentemente de expressa previsão legal, abrangendo todos os aspectos da atuação do órgão subordinado controlado;

b) **Tutela administrativa:** A supervisão exige lei que expressamente estabeleça o momento, os termos e os limites do exercício do controle.

O **controle finalístico** deve se concentrar, essencialmente, na verificação do atingimento de **resultados**, pertinentes ao **objeto** da entidade.

Suas **despesas** e **receitas** integram o **orçamento fiscal** da pessoa política a que pertencem, devendo constar da lei orçamentária anual **(CF, art. 165, § 5º, I)**;
Sujeitam-se a **fiscalização e controle pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X; art. 58, § 3º; art. 70, art. 71, entre outros)**;
Todos os seus atos estão sujeitos a **controle de legalidade** ou **legitimidade** pelo Poder Judiciário, desde que provocado **(CF, art. 5º, XXXV)**;
Sujeitam-se, sem distinção, ao controle pleno dos Tribunais de Contas **(CF, arts. 71 e 75)**;
Sujeitam-se, sem distinção, à obrigação de contratar pessoal efetivo mediante concurso público **(CF, art. 37, II)**;
São alcançadas pela vedação à acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos **(CF, art. 37, XVI e XVII)**;
Sujeitam-se à obrigatoriedade de licitação, como regra geral, para contratação de obras, serviços, compras e alienações **(CF, art. 37, XXI; Lei 8.666/93; Lei 10.520/02)**; cumpre observar que a Lei 13.303/2016 prevê às EP e SEM um regime próprio de licitação, mais flexível, sem prejuízo, contudo da observância dos princípios da administração pública **(CF, art. 173, § 1º, III)**[6];

[6] **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Seus agentes, servidores públicos ou não, sujeitam-se à lei que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa **(CF, art. 37, § 4º; Lei 8.429/92)**;
Podem ser sujeitos passivos de ação popular **(CF, art. 5º, LXXIII; Lei 4.717/65)**;
Seus agentes, quando praticam "atos de autoridade", podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança **(CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/2009)**;
Têm legitimidade ativa para propor ação civil pública **(Lei 7.347/85)**;
Têm responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo, pela atuação de seus agentes, nessa qualidade, que cause danos a terceiros (**CF, art. 37, § 6º)**. Cabe ressalvar que para as EP e SEM há uma distinção: essa norma constitucional aplica-se às que prestam serviços públicos, mas **não** às que exploram **atividades econômicas em sentido estrito.**

6. ENTIDADES EM ESPÉCIE DA ADMINISTRATIÇÃO INDIRETA

6.1 Autarquia

As autarquias são

- **entidades administrativas**,
- **autônomas**,
- **criadas por lei específica**,
- com personalidade jurídica de **direito público**,
- patrimônio próprio, e
- atribuições estatais determinadas.

Dispõe o art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/1967:

> **Art. 5º** Para os fins desta lei, considera-se:
> **I - Autarquia -** o serviço autônomo, **criado (diretamente) por lei**, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprias, para executar **atividades típicas da Administração Pública**, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As autarquias **integram a administração indireta**; representam uma forma de **descentralização administrativa** mediante a **personificação de um serviço retirado da administração centralizada (princípio da especialidade)**. Em regra, somente devem ser outorgados serviços públicos típicos às autarquias, e não atividades econômicas em sentido estrito.

Como visto, as autarquias estão sujeitas a controle da pessoa política que as criou, a qual são **vinculadas, controle finalístico (tutela)**.

Autarquia representa um gênero de entidade administrativa, subdividido nas seguintes espécies:

- **Autarquia comum**: Aquela que não apresenta nenhuma peculiaridade;
- **Autarquia sob regime especial**: é qualquer autarquia cujo regime jurídico apresente alguma peculiaridade quando comparado com o geral;
- **Autarquia fundacional**: é, simplesmente, uma **fundação pública** instituída diretamente por lei específica, com personalidade jurídica de direito público. A rigor, a distinção entre autarquia e fundação

pública com personalidade jurídica de direito público é meramente conceitual: autarquia são serviços públicos personalizados, fundações públicas é patrimônio público personalizado destinado a uma finalidade de interesse social específica. O regime jurídico a que se sujeitam é o mesmo.

- **Associação pública**: são consórcios públicos com natureza de direito público, espécies de pessoa jurídica, podem ser constituídos sob forma de associação pública. Nesse caso, o consórcio público será uma autarquia integrante, simultaneamente, da administração indireta de mais de um ente federado, figura que a doutrina chama de autarquia **"INTERFEDERATIVA"** ou **"MULTIFEDERADA"**.

ATENÇÃO! Agências reguladoras e agências executivas.

- As **agências reguladoras** têm sido criadas como autarquia sob regime especial. Tem por objeto a regulação de determinado setor econômico, incluído os serviços públicos em sentido estrito. Tem atribuições técnicas que devem ser exercidas sem interferências políticas.

- As **agências executivas não** são uma espécie de entidades. Trata-se simplesmente de uma **QUALIFICAÇÃO** que poderá ser conferida pelo poder público às autarquias em geral (também às FP) que com ele celebrem **contrato de gestão** e atendam os demais requisitos.

Criação e extinção:

As autarquias só podem ser **criadas** por meio de **LEI ESPECÍFICA**.

A **extinção** das autarquias também deve ser feita diretamente por meio de lei específica **(princípio da simetria das formas jurídicas).**

A lei de criação e extinção de autarquia é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo do respectivo ente federado. Todavia, na hipótese de criação ou extinção de uma autarquia vinculada aos Poderes Legislativo ou Judiciário, a iniciativa será do Poder correspondente.

Natureza jurídica:

A autarquia é uma **entidade administrativa**, é uma pessoa jurídica diferente do ente federativo que a criou. É titular de direitos e obrigações próprios, que não se confundem com os direitos e obrigações da pessoa jurídica que a instituiu.

Tratam-se de pessoas jurídicas de **direito público**, é dizer, o regime jurídico aplicável a tais entidades é o regime jurídico público, e não as regras de direito privado.

A **personalidade** da autarquia, por ser de direito público, inicia com a **vigência da lei que a institui**; não cabe cogitar qualquer espécie de inscrição de atos constitutivos de autarquia nos registros públicos, como se exige para que as pessoas jurídicas de direito privado adquiram personalidade jurídica.

Patrimônio:

O patrimônio inicial da autarquia é formado a partir da transferência de bens, móveis e imóveis, do ente federado que a criou, os quais passam a pertencer à nova entidade.

Extinguindo-se a autarquia, todo o seu patrimônio é reincorporado ao ativo da pessoa política a que ela pertencia.

ATENÇÃO! Os bens das autarquias são considerados bens públicos, gozando dos mesmos privilégios atribuídos aos bens públicos em geral, como a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

A execução judicial contra uma autarquia está sujeita ao **regime de precatórios (CF, art. 100)**.

Atividades desenvolvidas;

A autarquia deve ser criada para atuar em **serviço típico de Estado**, que exijam **especialização**, com organização própria, administração mais ágil e pessoal especializado (princípio da especialidade). **Não** são criadas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito. Estas, quando caiba a sua exploração pelo Estado, devem ser desenvolvidas por EPs e SEMs. Pessoas jurídicas de direito privado.

Podem desenvolver atividade econômica?

NÃO. Autarquias somente podem desempenhar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, inc. I, do Decreto-Lei n. 200/67), como prestar serviços públicos, exercer o poder de polícia ou promover o fomento.

E quanto aos Conselhos Fiscalizadores?

Os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas são **autarquias especiais** (STF. 1ª Turma. MS 28469, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015.)

Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que:

- estas entidades são **criadas por lei**, tendo **personalidade jurídica de direito público** com **autonomia administrativa** e **financeira**;

- exercem a **atividade de fiscalização de exercício profissional** que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade **tipicamente pública**;

- têm o dever de **prestar contas ao Tribunal de Contas da União**[7] (art. 71, II, CRFB/88).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-CE, 2018: Embora seja reconhecida a natureza autárquica dos conselhos de classe, em razão da natureza privada dos recursos que lhes são destinados, essas entidades não se submetem ao controle externo exercido pelo TCU.

Errado.

Até a OAB?

NÃO. O **STF** decidiu que a **OAB**, especificamente, é uma **exceção**, configurando uma entidade ímpar, *sui generis*, um serviço público independente, NÃO passível de enquadramento em nenhuma categoria regular prevista em nosso ordenamento, **nem integrante da administração pública.**

A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil.

Entendeu o STF, no julgamento da ADI 3.026, que, a OAB, não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

Qual a visão do TCU em relação à prestação de contas pela OAB?

Em decisão recente, 7.11.2018, o TCU decidiu que, a partir de 2020, a OAB deverá se submeter à fiscalização do TCU. Segundo o voto do relator: "Não há como escolher para algumas finalidades a natureza pública e para outras a privada. A fiscalização não significa direcionamento: o Tribunal de Contas nunca interferiu na gestão de qualquer instituição para dizer o que fazer. A fiscalização da OAB ao TCU não significa um milímetro sequer de perda de autonomia para aquela entidade." (Processo: TC 015.720/2018-7)

Obs.: No dia 07.06.2019, a Ministra Rosa Weber concedeu liminar no MS n. 36376 para desobrigar a OAB de prestar contas ao TCU até que o plenário do da Corte resolva a questão.

Sobre o tema, houve reconhecimento, pelo Plenário Virtual desta Suprema Corte, de repercussão geral no RE nº 1182189/BA, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Conforme consta da manifestação lançada pelo relator, trata-se de extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do TRF-1ª

[7] STF. MS 28469 AgR-segundo, Rel. Min. Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 19/02/2013.

Região que afastou a obrigação de prestação de contas ao TCU, por parte da OAB, em face das finalidades institucionais peculiares deste órgão.

Extra Dizer o Direito[8]:

O regime de precatórios é aplicado para os Conselhos Profissionais? Se um Conselho Profissional (ex: CREA) for condenado, por sentença judicial transitada em julgado, a pagar determinada quantia, isso terá que ser feito por meio de precatório?

NÃO.

Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios. *STF. Plenário. RE 938837/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/4/2017 (repercussão geral) (Info 861).*

O sistema de precatório foi concebido para assegurar a igualdade entre os credores, com impessoalidade e observância de ordem cronológica, sem favorecimentos. Outra finalidade do sistema de precatório é permitir que as entidades estatais possam programar os seus orçamentos para a realização de despesas. Portanto, o precatório está diretamente associado à programação orçamentária dos entes públicos.

Apesar de os Conselhos de Fiscalização Profissional serem considerados autarquias especiais, eles não participam do orçamento público, não recebem aporte do Poder Central nem se confundem com a Fazenda Pública. Por essa razão, não se submetem ao regime de precatórios.

Os conselhos de fiscalização profissional têm autonomia financeira e orçamentária. Portanto, sua dívida é autônoma em relação ao Poder Público. Desse modo, inserir esse pagamento no sistema de precatório transferiria para a União a condição de devedora do Conselho de Fiscalização.

Quem tem o privilégio de pagar por meio de precatório? A quem se aplica o regime dos precatórios?

As Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais.

Essa expressão abrange:

- União, Estados, DF e Municípios (administração direta);

- autarquias (com exceção dos Conselhos Profissionais);

- fundações;

[8] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Conselhos profissionais não estão sujeitos ao regime de precatórios. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/522e1ea43810e90242942ccc0995dae1>. Acesso em: 27/07/2018

- empresas públicas prestadoras de serviço público (ex: Correios);

- sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial.

Atos e contratos:

Os atos das autarquias, em regra, são **atos administrativos**, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico aplicável àqueles emanados da administração direta. Os agentes das autarquias podem praticar "atos de autoridade", passíveis de controle judicial de legalidade mediante mandado de segurança.

Os ajustes celebrados pelas autarquias também são, em regra, **contratos administrativos**, sujeitos ao mesmo regime jurídico de direito público aplicável aos contratos administrativos firmados pela administração direta.

Orçamento:

O orçamento das autarquias, em sua forma, é idêntico ao dos órgãos da administração direta; suas receitas e despesas integram o "orçamento fiscal", parte da lei orçamentaria anual.

Regime de pessoal:

Em que pese haver doutrina em sentido contrário, predomina o entendimento de que os agentes das autarquias devem ser **servidores públicos em sentido estrito**, portanto sujeitos ao **regime estatutário**.

Como caiu em prova:

PGR (BANCA PRÓPRIA), 2005: A natureza das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras não impõe o regime de cargo público para seus agentes, estando compatibilizada com o regime de emprego, nos termos da Consolidação da Legislação Trabalhista.

Errado.

Aprofundando:

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a CF não exige expressamente que o pessoal das autarquias, ou de quaisquer outras pessoas jurídicas de direito público, seja obrigatoriamente estatutário. O texto originário da CF traz, no *caput* do art. 39, unicamente a exigência de que os entes federados estabeleçam, cada qual, um **regime jurídico único** para os servidores de sua administração pública direta, das suas autarquias e das suas fundações públicas.

A **EC 19/1998** alterou o dispositivo, extinguindo a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único pelos entes federados. Com isso, passou a ser possível uma mesma pessoa política admitir para os quadros funcionais de sua administração direta, autarquias e fundações públicas, agentes estatutários e, simultaneamente, agentes em regime de emprego público.

Ocorre que, em agosto de 2007, o **STF declarou inconstitucional**, por **vício formal**, essa alteração introduzida pela EC 19/1998. Dessa forma, deve ficar claro que, **a partir de agosto de 2007, voltou a vigorar a redação original do *caput* do art. 39 da CF**, que **exige a adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico (regime jurídico único) aplicável a todos os servidores integrantes de sua administração direta, autarquias e fundações públicas**.

Em qualquer caso, independentemente da época de admissão e do regime de pessoal adotado, as autarquias são alcançadas pela regra constitucional que exige a realização de **concurso público (CF, art. 37, II)**, bem como pela vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas **(CF, art. 37, XVII)**.

Assim, quando os Conselhos de Fiscalização Profissional vão fazer a contratação de seu pessoal é imprescindível a realização de concurso público[9].

STF. 1ª Turma. MS 28469, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015.

STF. 2ª Turma. RE 758168 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/06/2014. **Exceção**: **OAB**. O STF decidiu que a OAB, quando vai contratar seus empregados, não precisa realizar concurso público (STF ADI 3026).

Para que o Conselho Profissional demita um servidor seu, é necessário processo administrativo?[10]

SIM. Como os Conselhos de Fiscalização Profissional têm natureza jurídica de autarquia, devem ser aplicados aos seus servidores os arts. 41 da CF/88 e 19 do ADCT, razão pela qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo.

Assim, o servidor de órgão de fiscalização profissional não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo disciplinar.

STF. 2ª Turma. RE 838648 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07/04/2015.

[9] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Os Conselhos Profissionais, para contratarem "funcionários", precisam fazer concurso público?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f5e62af885293cf4d511ceef31e61c80>. Acesso em: 27/07/2018

[10] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Para que o Conselho Profissional demita um servidor seu, é necessário processo administrativo?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cf8d8c66b1212720e569b0bd67695451>. Acesso em: 27/07/2018

Exceção: OAB (STF ADI 3026).

Nomeação e exoneração de dirigentes:

A forma de investidura dos dirigentes das autarquias será aquela prevista na lei instituidora. A competência para a nomeação, nas autarquias federais, é **privativa** do **Presidente da República** (art. 84, XXV, CF – simetricamente, será do governador, nos Estados e no DF, e do prefeito, nos Municípios).

Para a nomeação, **poderá** ser exigida **prévia aprovação pelo Senado Federal** do nome escolhido pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIV). Em alguns casos, a aprovação prévia pelo Senado é condição imposta pela própria CF (**ex.:** para os cargos de presidente e diretores do Banco Central – **CF, art. 52, III, "d"**). Em outros, a exigência consta de lei, com fundamento no **art. 52, III, "f", da CF** (é o que ocorre, atualmente, na nomeação dos dirigentes das agências reguladoras).

A previsão de participação do Poder Legislativo Estadual (sabatina) na nomeação de dirigentes de autarquias ou fundações públicas é constitucional?

NÃO. O STF, no julgamento da ADI 2167 (03.06.2020), julgou inconstitucionais dispositivos da Emenda 7/1999 à Constituição de Roraima que preveem a sabatina prévia, pela Assembleia Legislativa, dos indicados para diversos cargos na estrutura do estado, dentre eles os de dirigentes de Autarquia e Fundação Pública.

Restou decidido que a submissão prévia ao legislativo das nomeações do Executivo para os cargos de procurador-geral do estado, membros da Defensoria Pública, interventores dos municípios, titulares de autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e assemelhados configura afronta à **reserva de administração** (STF, ADI 2167, j. em 03.06.2020)

ATENÇÃO! Trata-se de uma mudança de entendimento, pois havia precedentes (ADI 2225 SC) no sentido de ser constitucional no caso de nomeação de dirigente de autarquia ou fundações públicas, e inconstitucional apenas para nomeação de dirigentes de estatais (ADI 1949/RS). Agora, não é possível a sabatina para dirigente de nenhuma das referidas entidades.

Outrossim, NÃO **pode** a lei estabelecer hipóteses de exigência de aprovação legislativa prévia para a **exoneração** de dirigentes de entidades da administração indireta pelo chefe do Poder Executivo (não pode, tampouco, a lei prever que a exoneração seja efetuada diretamente pelo Poder Legislativo).

Segundo o **STF**, disposições legais com esse teor – exigência de aprovação legislativa prévia para a exoneração de ocupantes de cargos do Poder Executivo, ou previsão de exoneração direta de tais servidores pelo próprio Poder Legislativo – são inconstitucionais, por ofensa ao **princípio da separação dos Poderes** (STF. Plenário. ADI 1949/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17.9.2014).

Capacidade exclusivamente administrativa:

A autarquia é uma entidade meramente administrativa, **não** possui natureza política. É dizer, possuem apenas capacidade de autoadministração, que significa administrar a si própria segundo a lei que a instituiu.

Relação com o ente estatal que a instituiu:

A relação entre uma autarquia e a administração direta da pessoa política instituidora é de **VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA (e não de subordinação)**.

Controle de desempenho:

Sem prejuízo desse controle finalístico, previsto em lei, as autarquias – bem como as demais entidades da administração indireta, e mesmo os órgãos da administração direta – tem a possibilidade de ampliar a sua autonomia gerencial, orçamentaria e financeira, mediante a celebração de **contrato de gestão** com o Poder Público. Esses contratos de gestão têm por objeto a fixação de **metas de desempenho** para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos prazos estipulados, fazendo jus, em contrapartida, a mencionada **ampliação de autonomia**. O atingimento das metas estabelecidas será aferido pelo Poder Público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descritos no próprio contrato de gestão.

Obs.: Nessa qualificação de uma autarquia como agência executiva o instrumento continua nominado como "contrato de gestão" e não o contrato de desempenho trazido pela Lei n. 13.934/2019. Isso porque a própria Lei que fundamenta a qualificação de uma autarquia como agência executiva, Lei. 9.649/98, traz a nomenclatura **contrato de gestão**[11]**.**

Imunidade tributária:

Às autarquias é aplicada a imunidade recíproca em relação aos impostos, por expressa previsão constitucional (§2º art. 150)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

[11] Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:
I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
II - ter celebrado **Contrato de Gestão** com o respectivo Ministério supervisor.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

IMPORTANTE! Veja-se que a imunidade é somente em relação aos **IMPOSTOS**; em outras palavras, as taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, são devidos normalmente (esse peguinha cai muito em prova).

Extensão da imunidade recíproca:

A imunidade só protege o patrimônio a renda e os serviços **vinculados às FINALIDADES ESSÊNCIAS** das autarquias, ou decorrentes dessas finalidades.

ATENÇÃO! O **STF**, entretanto, tem decidido que a imunidade também alcança a exploração, pela autarquia, de atividades estranhas aos seus fins próprios, **desde que a renda decorrente dessa exploração seja integralmente destinada a manutenção ou ampliação das finalidades essenciais da entidade.**

O **STJ** entende que a imunidade do IPTU existe mesmo em relação aos imóveis autárquicos concedidos a terceiros, desde que a renda, auferida como a sua utilização, seja realizada na satisfação dos objetivos da autarquia. *(REsp 726 .326/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª. Turma)*

Controle judicial:

A atuação das autarquias está sujeita a irrestrito controle judicial quanto a sua **legalidade** e **legitimidade**, corretivo ou preventivo, desde que haja provocação por parte de algum legitimado.

Os agentes das autarquias podem praticar **atos de autoridade**, passiveis de controle judicial de legalidade mediante mandado de segurança.

Juízo competente:

As **autarquias federais**, nos **litígios comuns**, sendo autoras, rés, assistentes ou opoentes, têm suas causas processadas e julgadas na **Justiça Federal (CF, art. 109, I)**.

Os **mandados de segurança** contra atos coatores praticados por agentes autárquicos federais também são processados e julgados na **Justiça Federal (CF, art. 109, VIII)**.

Quanto às **autarquias estaduais e municipais**, as causas de que participem são processadas e julgadas na **Justiça Estadual**, assim como o são os mandados de segurança contra atos coatores de seus agentes.

No que concerne às lides envolvendo pessoal, caso se trate de servidores públicos estatutários federais, os litígios funcionais entre estes e a autarquia federal serão processados e julgados na **Justiça Federal**; se forem servidores públicos estatutários de autarquia estadual ou municipal, as lides funcionais serão processadas e julgadas na **Justiça Estadual.**

ATENÇÃO! Em qualquer hipótese, se os envolvidos forem **empregados públicos** (oriundo do período que foi possível instituir esse regime) os litígios entre o trabalhador e a autarquia serão processados e julgados pela **Justiça do Trabalho.**

Privilégios processuais:

As autarquias gozam de **PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS outorgados a Fazenda Pública:**

- **Prazo em dobro** para todas as suas manifestações processuais **(art. 183 do NCPC)**;
- **Duplo grau de jurisdição**, **salvo** as exceções legais **(art. 496 do NCPC)**;
- **Isenção de custas judiciais**, não excluída, entretanto, a obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.
- Dispensa de exibição de instrumento de mandato em juízo pelos seus procuradores.
- Dispensa de depósito prévio para a interposição de recurso.
- Não sujeição a concurso de credores ou a habilitação em falência, liquidação ou recuperação judicial, inventário ou arrolamento. Há somente concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público, com prioridade para as federais, seguidas das estaduais e distritais, e por último, as municipais.

IMPORTANTE! As autarquias respondem judicialmente por suas dívidas mediante o sistema de **precatórios** (**exceto** obrigações de pequeno valor). Em razão do regime de precatórios, nas execuções judiciais contra uma autarquia, os bens destas **NÃO** estão sujeitas a penhora, **não** podem ser compulsoriamente alienados para assegurar a satisfação da dívida exequenda.

DEVO LEMBRAR:

Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios. STF. Plenário. RE 938837/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/4/2017 (repercussão geral) (Info 861).

Prescrição quinquenal

As dívidas e direitos em favor de terceiros contra autarquia prescrevem em **CINCO ANOS**.

Decreto 20.910/1932.

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos** contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

O prazo prescricional pode ser suspenso e interrompido nas mesmas situações aplicáveis as ações em geral, previstas no CPC.

Entretanto, dispõe os **arts. 8º e 9º do Decreto 20.910/1932**:

Art. 8º A prescrição somente poderá ser **interrompida uma vez**.

Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, **pela metade do prazo**, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

Por conta dessa regra o STF editou a Súmula 383:

Súmula n. 383 do STF: A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

Responsabilidade civil:

Dispõe o **art. 37, § 6º da CF**:

§ 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.

Essa regra constitucional sujeita as autarquias à **RESPONSABILIDADE CIVIL (EXTRACONTRATUAL) OBJETIVA**, na modalidade **RISCO ADMINISTRATIVO**. Significa que a autarquia terá que indenizar danos (patrimoniais ou morais) que seus agentes, **atuando nessa qualidade**, causem a terceiros, independentemente de dolo ou culpa do agente.

6.1.1 Autarquias sob regime especial, Autarquias Fundacionais e Associações Públicas

Conceito de autarquia especial

Autarquia sob regime especial é a expressão empregada pela doutrina e pelas leis para se referirem a qualquer autarquia **cujo regime jurídico apresente alguma peculiaridade**, quando comparado com o regime jurídico "geral" ou "comum" ou "ordinário" previsto no Decreto-lei 200/1967, como, por exemplo, mais autonomia na gestão.

Como caiu em prova:

VUNESP, PGE-SP 2005: Por autarquia de regime especial entende-se aquela que desfruta de maior grau de independência administrativa em relação à Administração Direta, nos termos da lei.

Certo.

IMPORTANTE! Não existe um "regime especial" específico, definido, aplicável a todas as autarquias que recebam essa qualificação; as particularidades consideradas "regime especial" variam conforme a lei instituidora da autarquia.

De um modo geral, as "autarquias sob regime especial" têm previstos nas leis instituidoras determinados instrumentos aptos a conferir-lhes **maior autonomia** do que as autarquias "comuns", a exemplo da exigência de aprovação legislativa prévia para a nomeação de seus dirigentes, do estabelecimento de mandato por prazo determinado para seus dirigentes, dentre outros.

São exemplos de autarquias sob regime especial: **BACEN**, **USP**. As agências reguladoras federais (**ANATEL**, **ANEEL**, **ANP**, **ANA**, **ANTT**, **ANAC**, *etc*) têm sido, todas elas, instituídas como "autarquias sob regime especial".

Conceito de autarquia fundacional:

Nada mais são do que simples fundação pública instituída diretamente por **lei específica**, com **personalidade jurídica de direito público**. A rigor, a distinção entre "autarquia" e "fundação pública com personalidade jurídica de direito público" é meramente conceitual: autarquias costumam ser definidas como um serviço público personificado, em regra, típico do Estado; fundações públicas, por definição, são um patrimônio personalizado destinado a uma finalidade específica, usualmente de interesse social**. O regime jurídico a que se submetem é exatamente o mesmo**.

Conceito de Autarquia Interfederativa (Associações Públicas):

As associações públicas encontram-se expressamente descritas como uma espécie de autarquia **(art. 41, IV, do CC)**. Os **consórcios públicos**, espécies de pessoas jurídicas disciplinadas pela **Lei 11.107/05**, podem ser constituídos sob a forma de associações públicas. Nesse caso, o consórcio público será uma autarquia integrante, **simultaneamente**, da administração indireta de **mais de um ente federado**, figura que a doutrina tem chamado de **"autarquia interfederativa"** ou **"multifederada"**.

6.1.2 Agências Reguladoras

Primeiramente, destaque-se que as agências executivas e reguladora não se tratam outras "espécies" de autarquias, nem de "novas categorias" de entidades da administração indireta.

Conceito de agência reguladora

As agências reguladoras são:

- **autarquias especiais**;

- decorrente da especialização técnica, ausência de tutela ou de subordinação hierárquica;

- dotadas de uma **qualificada autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira**

- garantida pela presença de **dirigentes com mandatos fixos** e **estabilidade** no exercício das funções.

As agências reguladoras exercem as funções de regulação e fiscalização de determinado setor econômico, incluídos os serviços públicos em sentido estritos.

Como visto, tais entidades têm atribuições **técnicas**, que idealmente devem ser exercidas sem interferências políticas por parte do ente federado a que estejam vinculadas administrativamente. Por essa razão, costumam elas receber das suas leis instituidoras certos instrumentos aptos a assegurar um relativo grau de autonomia perante o Poder Executivo.

Ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que as atividades atribuídas às agências reguladoras envolvem amplo exercícios de poder de polícia, edição de atos normativos, solução administrativa de litígios entre as partes atuantes no setor regulado, por isso, **só podem ser desempenhadas por pessoas jurídicas de direito público**.

Como caiu em prova:

FCC, CÂMARA LEGISLATIVA DO DF, 2018: Além das previsões constitucionais específicas, as agências reguladoras foram criadas em atendimento ao disposto no artigo 174 da Constituição Federal, competindo-

lhes o exercício do poder de polícia, do poder normativo e de fiscalização, em sua área de atuação, dentre outros, nos termos das leis instituidora.

Certo.

Os mesmos autores apontam como características comuns às agências reguladoras federais:

- Exercem **função REGULATÓRIA** relacionada a serviços públicos e a atividades econômicas em sentido amplo;
- Contam com instrumentos, previstos em lei, que asseguram razoável **AUTONOMIA** perante o Poder Executivo;
- Possuem um **AMPLO PODER NORMATIVO** no que concerne às áreas de sua competência;
- Submetem-se como todas as entidades integrantes da administração pública, aos controles judicial e legislativo, sem qualquer peculiaridade.

Instrumentos utilizados com o fim de ampliar a autonomia administrativa das agências reguladoras:

- **Nomeação de seus dirigentes sujeita à aprovação legislativa prévia** (na esfera federal, tal competência é do **Senado**, com base no **art. 52, III, "f", da CF**);
- Nomeação de seus dirigentes para o exercício de **mandatos fixos** (em regra, somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar);
- Seus dirigentes sujeitam-se a **"quarentena"** quando deixam seus cargos, os ex-dirigentes são proibidos, durante certo prazo, de exercer atividades em empresas privadas que atuem no setor regulado pela agência em que trabalhavam;
- As decisões administrativas da agência, nas matérias técnicas de sua competência, não se sujeitam, em regra, a revisão pela administração direta **(inaplicabilidade do denominado recurso hierárquico impróprio)**; e
- Celebração de **contrato de gestão** (somente algumas delas).

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-CE, 2018: São traços distintivos do regime jurídico especial das agências reguladoras: a investidura especial de seus dirigentes; o mandato por prazo determinado; e o período de quarentena após o término do mandato diretivo.

Certo.

Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras):

Recentemente, foi publicada a **Lei 13.848/2019**, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Essa lei é nacional ou federal?

Federal, ou seja, aplicável às agências reguladoras em âmbito federal.

Em seu artigo 3º, a citada lei dispõe sobre a natureza especial das agências reguladoras, *vide*:

Art. 3º A **natureza especial** conferida à agência reguladora é caracterizada pela **ausência de tutela** ou de **subordinação hierárquica**, pela **autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira** e pela **investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos**, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Como caiu em prova:

QUADRIX, CREA-GO ADVOGADO, 2019: Às agências reguladoras se aplica um regime jurídico especial, que é caracterizado, em linhas gerais, pela ausência de subordinação hierárquica com a administração direta e por sua autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira.

Certo.

Além disso, a citada lei deixou expressa a necessidade de *compliance* no âmbito das agências reguladoras:

Art. 3º, § 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Aprofundando sobre o tema:

EXTRA - Rafael Oliveira[12]

Em que consiste a Teoria da Captura

*A **forte autonomia** e a **concentração de poderes nas agências reguladoras** colocam em risco a sua legitimidade democrática e a sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes. Há o risco potencial de captura dos interesses (Teoria da Captura) **pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes**, em detrimento de consumidores e usuários de serviços públicos regulados.*

***Resumindo:** O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público EM FAVOR DO INTERESSE PRIVADO, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. Esse fenômeno afeta de forma evidente a imparcialidade das agências reguladoras.*

Dessa forma, quando algumas agências reguladoras se afastam dos preceitos constitucionais, dos princípios relativos à defesa do consumidor, para atender interesses de agentes e grupos econômicos em detrimento dos cidadãos que utilizam ou necessitam dos serviços públicos configura-se o fenômeno da captura.

Vale dizer que a corrupção (abuso do poder público com fins privados) e a aceitação da assimetria de informações (aceitar como verdadeiras as informações dos agentes regulados) sem auditar também são formas de captura.

Agências reguladoras e a deslegalização:[13]

*Segundo Rafael Oliveira, a **deslegalização** (ou delificação) é a transferência de determinadas matérias do **campo legislativo** para o **âmbito dos atos administrativos**. O fenômeno tem sido justificado pela crise da democracia representativa, especialmente pela ausência de celeridade e de conhecimento técnico do legislador, para tratar de determinadas questões complexas.*

*Discute-se a viabilidade constitucional da deslegalização como fundamento para o exercício do poder normativo, técnico e ampliado, por agências reguladoras. Há entendimento doutrinário, encabeçado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, contrário ao fenômeno, ao argumento de que **só por lei em sentido formal** podem ser criados direitos e obrigações. Por outro lado, doutrinadores como **José dos Santos Carvalho Filho** entendem **constitucionais tal ampliação, respeitados os parâmetros (standards) e o princípio da juridicidade.***

[12] OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5.ed., Editora Método, 2017.
[13] OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5.ed., Editora Método, 2017.

Aos adeptos do fenômeno, as normas editadas pelas agências reguladoras ***não*** *podem ser classificadas como autônomas. Antes, encontram fundamento na lei instituidora da entidade, que estabelecem os parâmetros que devem ser observados pelo regulador.*

Segundo Rafael Oliveira, com a deslegalização opera-se uma verdadeira ***degradação da hierarquia normativa de determinada matéria****, que por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do* ***ato administrativo normativo.*** *A lei deslegalizadora, por sua vez, estabelece os standards e princípios que deverão ser observados. Ressalta-se que tal poder não é irrestrito, pois* ***há limites constitucionais à deslegalização****, tais como casos de reserva legislativa específica e casos que demandam elaboração de lei complementar.*

Questão interessante refere-se ao potencial conflito entre a norma editada pela agência regulatória e a legislação anterior. Contra ao tradicional posicionamento de prevalência da lei formal, Rafael Oliveira entende prevalecer a norma editada pela agência reguladora, eis que a revogação não é operada diretamente pelo ato administrativo normativo regulatório, mas sim pela própria lei deslegalizadora que utiliza o ato da agência para revogar a lei anterior.

Outra polêmica doutrinária existe em relação ao conflito entre ***regulamentos presidenciais*** *e os* ***atos normativos das agências reguladoras****. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entente prevalecer o regulamento presidencial, em respeito à superioridade hierárquica* ***(art. 84, inc. II, da CR/88)****. Já Rafael Oliveira resolve o conflito pelo* ***princípio da especialidade****, ao entender predominar o aspecto técnico e setorial das agências reguladoras, com fundamento no* ***art. 174 da CR/88****, em detrimento ao conteúdo genérico e político dos decretos presidencial.*

Com efeito, exigir a elaboração de leis demasiadamente técnicas implica em engessamento indevido de soluções que poderiam ser tomadas de forma mais ágeis e precisas.

6.1.3 Agências Executivas

A segunda expressão – "**agências executivas**" – não se refere a uma espécie de entidade. Trata-se, simplesmente, de uma **qualificação** que poderá ser conferida **pelo poder público** às **autarquias em geral** (e, também, às fundações públicas) que com ele celebrem o **contrato de gestão** e atendam aos demais requisitos fixados pela **Lei 9.649/98**.

Lei 9.649/98, Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um **plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional** em andamento;

II - ter celebrado **Contrato de Gestão** com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em **ato do Presidente da República**.

§ 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Qualificação como agência executiva

Genericamente, os referidos **contratos de gestão** são celebrados entre o poder público e entidades da administração indireta (ou órgãos da administração direta) possibilitando a **ampliação de sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira** – sem prejuízo do controle finalístico, previsto em lei, a que se sujeitam todas as entidades da administração indireta. Têm eles por objeto a fixação de **metas de desempenho** para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos prazos estipulados, fazendo jus, em contrapartida, à mencionada ampliação da autonomia. O atingimento das metas será aferido pelo poder público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descrito no contrato.

Quando o contrato de gestão for firmado entre o poder público e uma autarquia (ou FP), ela **poderá** ser qualificada como **agência executiva.**

IMPORTANTE! A qualificação de agência executiva é feita por Decreto, após a celebração contrato de gestão, não se exigindo lei específica para tanto. Isso cai muito em prova confundindo o aluno.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-CE ,2018: Autarquias e fundações públicas podem receber, por meio de lei específica, a qualificação de agência executiva, para garantir o exercício de suas atividades com maior eficiência e operacionalidade.

Errado.

O contrato de gestão a ser firmado para que a autarquia ou fundação pública possa ser qualificada como agência executiva deverá conter, entre outras, cláusulas que disponham sobre:

A definição das **METAS** a serem atingidas, os **prazos de consecução**, os indicadores de **desempenho** e **critérios de avaliação** do cumprimento das metas;

A compatibilidade dos planos de ação anuais com o **orçamento** da entidade;

As medidas legais e administrativas a serem adotadas para assegurar **maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e administrativa** e para assegurar a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros imprescindíveis ao cumprimento dos objetivos e metas;

As penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das metas;
As condições para revisão, renovação e rescisão;
A vigência do contrato.

Após a celebração do contrato de gestão, o reconhecimento como agência executiva é feito por **DECRETO**. Caso a entidade descumpra os requisitos e exigências previstos na lei e no contrato de gestão, poderá ocorrer sua **desqualificação**, também mediante decreto, caso em que ela, simplesmente, deixará de ser uma agência executiva, sem sofrer, porém, qualquer alteração na sua condição de autarquia (ou FP), ou nas suas competências/finalidades.

O contrato de gestão terá a **duração mínima de 01 ano**, admitida, em caráter excepcional, a revisão, devidamente justificada, de suas disposições, bem como a sua renovação. Quando do termo final do contrato de gestão, será realizada, pelo poder público, avaliação conclusiva sobre os resultados alcançados, sendo necessária aprovação para a renovação.

Quadro comparativo entre agência reguladoras e agências executivas:

AGÊNCIAS REGULADORAS	AGÊNCIAS EXECUTIVAS
Não se trata de uma nova espécie de entidade integrante da administração pública indireta.	**Não** se trata de uma nova espécie de entidade integrante da administração pública indireta.
São autarquias sob regime especial.	Podem ser autarquias ou fundações públicas.
Trata-se de denominação utilizada pela doutrina e em leis administrativas.	Trata-se de **qualificação formal**, previsto nos arts 51 e 52 da Lei 9.649/98.
Não é uma qualificação formal, atribuída por algum ato administrativo, com consequências jurídicas definidas. O grau de autonomia da entidade depende dos instrumentos específicos que a respectiva lei instituidora estabeleça.	A **qualificação formal** como "agência executiva" tem consequências jurídicas definidas **(ampliação de autonomia)** e é conferida à autarquia ou à fundação pública mediante decreto.
Não existe a figura da "desqualificação" de agência reguladora.	Pode ocorrer a desqualificação da entidade, mediante **decreto**, caso ela descumpra exigências estabelecidas na legislação ou no contrato de gestão. A desqualificação em nada afeta a natureza da entidade, que continua sendo a mesma autarquia

	ou FP.
Atuam especificamente na área de regulação.	Não é prevista alguma área específica de atuação.
Pode, ou não, haver norma, na lei instituidora, impondo a celebração de contrato de gestão com o poder público.	A celebração de **contrato de gestão** com o poder público é condição **obrigatória** para a obtenção da qualificação. Exige-se, ainda, que a entidade tenha um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento.
É possível uma agência reguladora ser qualificada como agência executiva, caso preencha os requisitos legais e requeira a qualificação.	Uma autarquia qualificada como agência executiva pode, ou não, ser uma agência reguladora.

6.2 Fundações Públicas

Conceito

As fundações são definidas como: **a personificação de um patrimônio ao qual é atribuída uma finalidade específica não lucrativa, de cunho social.**

Na esfera cível, a instituição de uma fundação privada resulta da **iniciativa de um particular**, pessoa física ou jurídica, que destaca de seu **patrimônio** determinados bens, os quais **adquirem personalidade jurídica** para a **atuação na persecução dos fins sociais** definidos no respectivo estatuto.

Há, portanto, três elementos essenciais no conceito de fundação:

a) A figura do instituidor, que faz a dotação patrimonial, ou seja, separa um determinado patrimônio para destiná-lo a uma finalidade específica;

b) O objeto consistente em atividades de interesse social;

c) A ausência de fins lucrativos.

As Fundações Públicas (FP), por sua vez, são

- entidade da administração indireta;

- instituída pelo poder público (pessoa política);

- por meio de um **patrimônio público personificado**, que;

- dependendo da forma de criação, adquire personalidade jurídica de **direito público ou** personalidade jurídica de **direito privado**;

- à qual a lei atribui competências administrativas específicas;

- observadas as áreas de atuação a serem definidas em **lei complementar.**

Natureza jurídica:

Como visto, as Fundações Públicas (FP) integram formalmente a Administração Pública.

A CF/88 trouxe em seu texto inúmeras referências às FP, conferindo-lhes muitos dos **privilégios próprios das entidades de direito público**, emparelhando-as com as autarquias em diversos dispositivos. Por causa disso, a doutrina administrativista majoritária passou a propugnar o reconhecimento de personalidade de direito público a essas entidades.

A CF, em seu inc. XIX do art. 37 (redação dada pela EC 19/98) passou a estabelecer duas formas distintas de instituição de entidades da administração indireta:

a) Criação diretamente efetuada pela edição de uma lei específica; e

b) Mera autorização dada em lei específica para criação da entidade, devendo o Poder Executivo elaborar os seus atos constitutivos e providenciar a inscrição no registro competente a fim de que ela adquira personalidade.

A primeira hipótese de criação está expressamente prevista só para as autarquias; a segunda é, literalmente, a sistemática aplicável às demais entidades.

Assim, o referido dispositivo da CF, desde 1998, prevê a instituição de FP segundo o mecanismo próprio de criação de pessoas **privadas**. Apesar disso, **nossa doutrina majoritária e jurisprudência, inclusive do STF, firmaram-se pela possibilidade de as FP serem instituídas ou com personalidade jurídica de direito privado – caso em que estará sendo aplicado o art. 37, XIX –, ou com personalidade jurídica de direito público**.

Em outras palavras, é legítima a instituição de FP com personalidade jurídica de **direito público**, porém tais entidades nada mais são do que **espécie de autarquia**, as denominadas "**fundações autárquicas**" ou "**autarquias fundacionais**". Seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias.

A rigor, a distinção entre autarquia e fundação pública com personalidade jurídica de direito público é meramente conceitual:

Autarquias são serviços públicos personalizados,

Fundações públicas é patrimônio público personalizado destinado a uma finalidade de interesse social especifica.

Em outras palavras, o regime jurídico a que se sujeitam é o mesmo.

Como caiu em prova:

FCC, DPE-SP, 2012: As fundações de direito público, também denominadas autarquias fundacionais, são instituídas por meio de lei específica e seus contratos administrativos devem ser precedidos de procedimento licitatório, na forma da lei.

Certo.

ATENÇÃO! A CF **não** faz distinção entre FP de direito privado e FP de direito público. Por essa razão, todas as disposições constitucionais que se referem a FP alcançam toda e qualquer FP, não importa a natureza de sua personalidade jurídica.

É o que se verifica, por exemplo, no caso da imunidade tributária recíproca, que o **art. 150, § 2º, CF** estende às autarquias e às "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público".

Qual o entendimento do STF sobre o tema?

Recentemente, o STF fixou a seguinte tese sobre a qualificação de uma Fundação Pública como sujeita ao regime público ou privado:

"1. A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende

(i) do **estatuto de sua criação** ou **autorização** e

(ii) das **atividades por ela prestadas**. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, **podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado**.

2. A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público" (STF. Plenário.RE 716378/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º e 7/8/2019, repercussão geral - Info 946).

Regime jurídico:

Quanto ao regime jurídico aplicável, já foi visto que as FP com personalidade jurídica de direito **público**, por serem, simplesmente, uma "espécie do gênero autarquia", estão sujeitas ao mesmo regime jurídico das autarquias.

As FP com personalidade jurídica de direito **privado**, diferentemente, sujeitam-se a um **regime híbrido**, é dizer, são em parte reguladas por normas de direito privado e em parte reguladas por normas de direito público, como, aliás, ocorre com todas as entidades da administração indireta que ostentam personalidade jurídica de direito privado.

DEVO LEMBRAR! As regras constitucionais e legais que se referem apenas a "fundações públicas" aplicam-se, em princípio, a todas as FP, não importando se de direito público ou privado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, apontam, exemplificativamente, algumas características próprias da "FP de direito privado", que as distinguem das "FP de direito público":

Só adquirem personalidade jurídica com a inscrição dos seus atos constitutivos no registro público competente;
Não podem desempenhar atividades que exijam o exercício de poder de império, especialmente a prática de atos autoexecutórios em geral e de atos pertinentes ao poder de polícia, como a aplicação de multas e outras sanções aos particulares;
Seus bens **não** se enquadram como bens públicos;
Não estão sujeitas ao regime de precatórios judiciais;
Não pode ser sujeito ativo em relações jurídicas tributárias.

O Art. 66 do CC aplica-se às Fundações Públicas? Em outras palavras, o Ministério Público também controla a fundação estatal?

Embora haja divergência doutrinária, prevalece a inaplicabilidade do art. 66 do CC em relação às Fundações Públicas, tanto aquelas com personalidade jurídica de direito público quanto as que tenham personalidade jurídica de direito privado.

Segundo Rafael Oliveira, alguns autores sustentam um controle amplo e irrestrito da Fundação Estatal pelo Ministério Público (Odete Medauar). Numa 2ª corrente temos José dos Santos Carvalho Filho e Di Pietro, que sustentam que o Ministério Público pode controlar, mas não será aquele controle que o mesmo exerce nas fundações **privadas**.

O que o MP faz relativamente as fundações públicas é um controle igual ao que ele exerce sobre toda a administração pública, direta e indireta, quando se verifica indícios de irregularidades. **Não é uma veladura, no sentido de curadoria**, mas sim um controle eventual de legalidade da atuação da administração pública, função ordinária de todos os MPs, sem nenhuma distinção especial no que toca as fundações públicas.

Juízo competente:

As FPs com personalidade jurídica de **direito público** não apresentam nenhum problema: são uma espécie de autarquia e, portanto, **se forem federais**, tem foro na **Justiça Federal**.

Quanto às fundações públicas de **direito privado** há uma divergência entre o entendimento doutrinário mais recente, que entende ser competência da Justiça Estadual, e o entendimento já lançado na jurisprudência, no sentido de ser da Justiça Federal.

ATENÇÃO! No julgamento do CC 77/DF o STJ entendeu que as FPs com personalidade jurídica de direito **privado** são equiparadas às empresas públicas, para os efeitos do **art. 109, I, CF**, sendo da **Justiça Federal** a competência para processar e julgar as causas que participem.

Em julgamento posterior, o STJ confirmou este posicionamento no CC 16.397/RJ, concluindo que em fundações públicas de direito privado equiparam-se às empresas públicas no que se refere ao juízo competente. Conforme consta no art. 109, I, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar as causas envolvendo empresa pública federal.

No tocante às Fundações Públicas de Direito Público estaduais e municipais a competência é da Justiça Estadual.

Exemplos de FP: Fundação Nacional do Índio, Fundação Nacional de Saúde *etc*.

Algumas distinções entre as espécies de Fundações Públicas:

Fundação Estatal de Direito **Público**[14]	Fundação Estatal Direito **Privado**
Regime estatutário de pessoal	O pessoal será regido pela CLT, com algumas peculiaridades (concurso público, demissão motivada, *etc.*)
Os bens serão públicos	À luz do **art. 98 do CC**, elas terão bens privados. (doutrina e jurisprudência trazem alguns limites: os bens afetados à prestação de serviço público e se for necessário à sua continuidade, são impenhoráveis)

Características comuns:

Fundação Estatal de Direito **Público**	Fundação Estatal Direito **Privado**
A responsabilidade civil será objetiva, com	A responsabilidade civil será objetiva, com

[14] Aqui devemos ter em mente tudo o que foi abordado quanto ao regime de pessoal nas autarquias.

fundamento no art. 37, § 6°, CF	fundamento no art. 37, § 6°, CF
Imunidade recíproca entre os entes federados (estende para as fundações instituídas e mantidas pelo poder público)	Imunidade recíproca entre os entes federados (estende para as fundações instituídas e mantidas pelo poder público)
Serão controladas pelos respectivos entes federados e controle pelo MP como qualquer ente público	Não são controladas pelo Ministério Público na forma do Código Civil

IMPORTANTE!

A estabilidade do art. 19 da ADCT alcança funcionário de fundações públicas de direito privado?

NÃO. O Plenário do STF decidiu, em 07.08.2019, que a estabilidade especial do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) **não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado**, **devendo ser aplicada somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público**. A decisão majoritária foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 716378, com repercussão geral reconhecida, que envolveu o caso de um empregado dispensado sem justa causa pela Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas.

A expressão "fundações públicas" constante no dispositivo constitucional refere-se apenas às fundações públicas estruturadas como entes autárquicos e, portanto, não aplicável aos funcionários da entidade paulista, que se trata de uma fundação pública de direito privado. (STF, RE 716378/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º e 7.08.2019).

6.3 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

As EP e SEM constam do Decreto-lei 200/1967 como integrantes da administração indireta federal. Nele, ambas são descritas como pessoas jurídicas de **direito privado** criadas pelo Estado como instrumento de sua atuação no domínio econômico, ou seja, foram elas concebidas para funcionar como braços do denominado **Estado-empresário**.

As diferenças entre elas são unicamente formais. Não há distinção quanto ao objeto.

Conceito de Empresas Públicas:

- Cuidam-se de pessoas jurídicas de direito privado;
- integrantes da administração indireta;
- instituídas pelo poder público, mediante autorização de lei específica,
- sob **qualquer forma jurídica**;
- com **capital exclusivamente público**,

- para a **exploração de atividades econômicas,** ou

- para a **prestação de serviços públicos**.

Conceito de Sociedades de Economia Mista:

- São pessoas jurídicas de direito privado;

- integrantes da administração indireta;

- instituídas pelo poder público, mediante autorização de lei específica;

- sob a forma de **sociedade anônima**,

- com **participação obrigatória de capital privado e público**;

- sendo da pessoa política instituidora ou de entidade da respectiva administração indireta o **controle acionário**;

- para a **exploração de atividades econômicas**; ou

- para a **prestação de serviços públicos.**

Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais):

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o **estatuto jurídico da**

- empresa pública,

- da sociedade de economia mista e

- de suas subsidiárias

abrangendo **toda** e **qualquer** **empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore**

- **ATIVIDADE ECONÔMICA** de produção ou comercialização de bens ou

- de **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao

- **regime de MONOPÓLIO** da União ou
- **seja de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**.

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de

- personalidade jurídica de **DIREITO PRIVADO**,

- com criação **AUTORIZADA por lei**

- com **PATRIMÔNIO PRÓPRIO**, e

- cujo capital social é **INTEGRALMENTE** detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. **Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município**, será admitida, **no capital da empresa pública**, a participação de

- outras pessoas jurídicas de direito público INTERNO,

- bem como de entidades da ADMINISTRAÇÃO INDIRETA da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de

- personalidade jurídica de **DIREITO PRIVADO**,
- com criação **autorizada por lei**,
- sob a forma de **SOCIEDADE ANÔNIMA**,
- cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem

- os **DEVERES** e as **RESPONSABILIDADES** do **ACIONISTA CONTROLADOR**, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o **PODER DE CONTROLE NO INTERESSE DA COMPANHIA**,

- **respeitado o interesse público que justificou sua criação (que é lançado na lei que autoriza a criação da estatal)**.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA com **REGISTRO na Comissão de Valores Mobiliários** sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TJ-CE, 2018: As empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão ser constituídas sob qualquer forma empresarial admitida em direito, ressalvando-se, em relação às empresas públicas, a obrigatoriedade de que o capital social seja exclusivamente público.

Errado.

Observações importantes:

- Todas as EP e SEM são pessoas jurídicas de **direito privado**, integrantes da administração pública indireta;
- As EP e SEM, conforme o seu objeto, dividem-se em:
  - **a)** Exploradoras de atividades econômicas; e

b) Prestadoras de serviços públicos.

- As "**exploradoras de atividades econômicas**" enquadram-se no **art. 173 da CF**, sendo a sua atividade regida predominantemente pelo direito **privado**;
- As "**prestadoras de serviços públicos**" enquadram-se no **art. 175 da CF**, sendo a sua atividade regida predominantemente pelo direito **público**;
- Os controles administrativos a que elas estão sujeitas (que decorrem de regras de direito público) são os mesmos, em qualquer caso.

Exemplos de Empresa Pública: ECT, SERPRO, CEF.

Exemplos de Sociedade de Economia Mista: Banco do Brasil S.A, PETROBRÁS S.A.

Criação:

A criação de EP e SEM depende de **AUTORIZAÇÃO** em **lei específica (art. 37, XIX, CF)**.

Uma vez autorizada a criação, o Poder Executivo elabora os **atos constitutivos** e providencia sua inscrição no registro público competente. **A criação da entidade**, ou seja, a aquisição de personalidade jurídica, **somente ocorre com o registro**.

Na esfera federal, a lei específica que autorize a criação de uma EP ou de uma SEM deve ser de iniciativa privativa do **Presidente da República (art. 61, § 1º, II, "e", CF)**. Essa regra é aplicável também aos Estados, ao DF e aos Municípios, adequando-se a iniciativa privativa, conforme o caso, ao Governador e ao Prefeito.

Extinção:

A extinção das EP ou SEM é feita pelo Poder Executivo, mas dependerá, também, de **LEI AUTORIZADORA ESPECÍFICA**, em respeito ao **princípio da simetria das formas jurídicas**. A iniciativa dessa lei é, igualmente, privativa do chefe do Poder Executivo.

LEMBRAR! A criação de **subsidiárias** pelas EP e SEM, bem como sua participação em EP, depende de autorização legislativa **(CF, art. 37, XX)**. No julgamento da ADI 1.649/DF, o STF afastou a necessidade de que fosse editada uma lei a cada vez que se pretendesse criar uma subsidiária de uma EP ou de uma SEM, considerando suficiente a existência de um dispositivo genérico, na própria lei que autorizou a instituição da entidade, facultando a criação de subsidiárias desta.

Objeto:

Como visto, as EPs e as SEMs podem ser criadas com os seguintes objetos:

a) exploração de atividades econômicas **em sentido estrito;**

b) **prestação de serviços públicos**.

A exploração direta de **atividade econômica** pelo Estado **não** é livre, pelo contrário, tem **caráter excepcional**. Com efeito, a atuação do poder público como Estado-empresário só é admissível *"quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"* **(CF, art. 173)**, e no caso de atividades econômicas sujeitas a regime constitucional de **monopólio (CF, art. 177)**. Logo, somente nessas hipóteses poderá ser criada EP ou SEM exploradora de atividade econômica em sentido estrito.

Por outro lado, se a hipótese for de criação de uma EP ou SEM prestadora de serviços públicos, seu objeto, teoricamente, só poderá ser um serviço público que tenha natureza de atividade econômica em sentido amplo (os serviços públicos tratados no **art. 175 da CF)**.

Regime jurídico:

O regime jurídico das EP e SEM é determinado, em larga medida, pela natureza de seu objeto, de suas atividades-fim.

Como sempre integram a **administração pública formal**, é certo que **nunca** serão integralmente regidas pelo direito privado. Porém, é correto afirmar que as EP e SEM que atuam na exploração de atividades econômicas (de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços de natureza privada) são as entidades que, **embora integrantes da administração pública em sentido formal**, mais se aproximam das pessoas privadas. Somente se submetem a preceitos de direito público expressos na CF, ou em leis administrativas, desde que, nesse caso, sejam derivados de normas constitucionais explícitas ou implícitas.

As EP e SEM **prestadoras de serviços públicos**, por sua vez, estão sujeitas a diversas regras e princípios de direito público, especialmente em decorrência do postulado da continuidade dos serviços públicos.

Resumindo: Nenhuma dessas entidades está sujeita só a normas de direito privado ou só a normas de direito público. Tanto as exploradoras de atividades econômicas quanto as prestadoras de serviços públicos aplicam-se preceitos de ambos os ramos do direito (público ou privado), predominando um ou outro conforme o objeto da pessoa jurídica.

Controle:

Os controles a que essas entidades se submetem são os mesmos, e decorrem de normas de direito público, uma vez que, formalmente, todas as EPs e SEMs são integrantes da administração pública.

O controle exercido pelo Poder Executivo trata-se do denominado **controle finalístico**, ou **tutela administrativa**, ou **supervisão**, o qual deve ser exercido **nos termos e limites expressos em lei**, visando a assegurar, essencialmente, que a entidade controlada esteja atuando em conformidade com os fins impostos pela lei que autorizou a sua criação.

Tendo em conta a inexistência de hierarquia, o exercício do controle finalístico pressupõe **expressa previsão legal**, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela).

IMPORTANTE! Como visto em tópico anterior, o controle finalístico é um controle que deve se concentrar, essencialmente, na verificação do atingimento de resultados, pertinentes ao objeto da entidade. Não impede a ele que a entidade atue com autonomia administrativa.

ATENÇÃO! Sem prejuízo do controle finalístico, previsto em lei, as EPs e as SEMs têm a possibilidade de ampliar sua **autonomia gerencial, orçamentaria e financeira**, mediante a celebração do **contrato de gestão** com o Poder Público. Esses contratos de gestão têm por objeto a **fixação de metas de desempenho** para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos **prazos** estipulados, fazendo jus, em contrapartida, a mencionada **ampliação de autonomia**.

MAS CUIDADO! As SEMs e EPs **NÃO** fazem jus a qualificação de agência executiva; tal qualificação é exclusiva para autarquias e fundações públicas que celebrem o citado contrato de gestão.

Resumindo: EP e SEM PODEM celebrar contrato de gestão. Entretanto, NÃO PODERÃO SER CONSIDERADAS AGÊNCIAS EXECUTIVAS (somente autarquia e FP podem adquirir tal qualificação).

Quanto aos controles exercidos pelos **Poderes Judiciário** e **Legislativo**, também não há peculiaridades.

Acerca dos controles exercidos pelos **Tribunais de Contas**, o STF já decidiu que estão sujeitas a todos eles, inclusive a denominada **"tomada de contas especial", mesmo sendo a EP ou SEM exploradora de atividade econômica** (MS 25.092/DF e 25.181/DF). Toda e qualquer entidade da administração indireta, não importa o seu objeto, nem sua forma jurídica, sujeita-se integralmente ao **art. 71, II, da CF**, inclusive a sua parte final, que trata das tomadas de contas especial, aplicável a quem der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, EMAP, 2018: Dado o caráter privado das sociedades de economia mista, o Tribunal de Contas da União está impossibilitado de exercer seu controle externo. Todavia, a legislação pertinente determina que o estatuto social da respectiva entidade preveja formas de controle interno.

Errado.

6.3.1 Estatuto das Empresas Estatais exploradoras de atividades econômicas

O **§ 1º do art. 173 da CF**, com a redação dada pela EC 19/1998, prevê a edição de um estatuto para disciplinar, quanto a seus aspectos gerais, o regime jurídico, a estrutura e o funcionamento das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas. Esse estatuto deverá ser uma lei (ordinária) de caráter nacional, isto é, editada pela União e obrigatória para todos os entes federados.

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)

No tocante às matérias que o estatuto das EP e SEM deverá disciplinar, merece atenção à sujeição dessas entidades ao regime próprio das empresas privadas **(CF, art. 173, § 1º, II)**. O claro intuito desse comando é assegurar que todas as empresas que atuam no "mercado", isto é, no domínio econômico em sentido estrito, tenham iguais condições de operação, em atenção ao postulado expresso da **livre concorrência (CF, art. 170, IV)**.

Apesar da redação do **inc. II do art. 173**, é evidente que sua interpretação demanda a análise da CF como um todo. Muito embora esteja firmado que as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, **essa regra não afasta derrogações de direito privado por preceitos de direito público expressos na CF – ou mesmo em leis administrativas, desde que derivados de normas constitucionais explícitas ou implícitas**.

Em suma, essas entidades estão sujeitas **predominantemente** ao regime jurídico de direito privado.

Registre-se que, a realização do interesse coletivo por parte das estatais será orientada para **(art. 27, § 1º, I, e II, da Lei 13.303/2016)**:

- O alcance do bem-estar econômico;
- Alocação socialmente eficiente dos seus recursos;
- Ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos seus produtos e serviços; e
- Desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada.

IMPORTANTE! As estatais devem adotar práticas de **sustentabilidade ambiental** e de **responsabilidade social corporativa** compatíveis com o mercado em que atuam **(art. 27, § 2º, da Lei 13.303/2016).**

A distinção relativa ao objeto da estatal influencia, decisivamente, no respectivo regime jurídico. Enquanto a atividade econômica encontra-se submetida ao **princípio da livre-iniciativa**, a prestação do serviço público é de **titularidade estatal**.

E o que isso quer dizer?

Quer dizer que o desempenho de atividades econômicas por estatais não pode significar prejuízo para os particulares que atuam no setor econômico e que são os seus verdadeiros protagonistas. Por essa razão, o **art. 173, § 1º, II, da CF** estabelece a sujeição das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Em relação às estatais que prestam serviços públicos, por sua vez, ensina Rafael Oliveira que também é possível afirmar que o regime jurídico será **HÍBRIDO**, pois são entidades privadas que integram a Administração Pública. Todavia, ao contrário das estatais econômicas, as estatais que exploram **serviços públicos** terão tratamento diferenciado em razão dos **princípios informativos dos serviços públicos e da ausência de concorrência com particulares** (**ex.:** impenhorabilidade de bens necessários à continuidade do serviço público).

6.3.2 Prestação de serviço público mediante outorga legal (“descentralização de serviços”)

Entendem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que as EPs e as SEMs, cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público, **prestam-no como titulares**. Em outros termos, receberam da lei o serviço, por **outorga** (descentralização por serviços); não são, nem podem ser, concessionários ou permissionários desse mesmo serviço.

6.3.3 Benefícios fiscais

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.

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

Esse dispositivo fundamenta-se na **livre concorrência**.

IMPORTANTE! Embora ele não faça qualquer referência ao objeto das entidades a que se reporta, é amplamente **majoritário** o entendimento de que a vedação alcança apenas as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas, e **NÃO** as prestadoras de serviços públicos.

ATENÇÃO! É importante ressalvar, ainda, que a proibição constitucional também **NÃO SE APLICA** às entidades, mesmo econômicas, que atuem em **REGIME DE MONOPÓLIO**.

Em suma, é legítimo um benefício fiscal exclusivo concedido a uma EP ou SEM que preste serviço público **ou** que explore atividade econômica em regime de monopólio.

Resumindo! É **vedada** a concessão de benefícios fiscais exclusivos para as EPs e SEMs exploradoras de atividades econômicas. É oportuno atentar que essas entidades podem gozar de privilégios fiscais, desde que eles sejam concedidos de maneira uniforme a elas e as empresas privadas.

6.3.4 Imunidade tributária

O **STF**, em diversos julgados, decidiu que as EP e SEM **que prestem serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado** fazem jus à "imunidade tributária recíproca" prevista no **art. 150, VI, "a" da CF** *(RE 407.099/RS, AC 1.550/50, RE-AgR 363.412/BA, etc)*.

IMPORTANTE! Em nenhuma hipótese essa orientação do STF é aplicável às EP e SEM exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, de que trata o art. 173 da CF.

EXTRA - Ricardo Alexandre e João de Deus[15]

Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas se beneficiam da imunidade tributária recíproca?

A resposta depende do conhecimento do art. 150, § 3º e depois desse entendimento específico do STF. Vamos ao parágrafo 3º:

[15] ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

Dúvidas e sugestões: sugestoes@ppconcursos.com.br

§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior (autarquias e fundações) ***não*** *se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com* ***exploração de atividades econômicas*** *regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

Caso se trate de um ente da Administração Indireta que atue como agente privado, visando ao lucro, se inserindo na exploração de uma atividade econômica, esse ente da Administração Indireta **NÃO** fica sujeito à imunidade tributária recíproca.

Em suma, o **art. 150, § 3º** vai dizer que sociedades de economia mista e empresas públicas que se insiram nas regras do setor privado, que atuem como atores e agentes privados visando ao lucro, nesse caso, **não** haverá imunidade tributária recíproca.

Mas se for uma empresa pública que realize um **serviço público**, que **não** vise ao lucro, que esteja fora deste ambiente do mercado privado, nesse caso, **diz o STF que a empresa pública é imune**.

Portanto, depende do **OBJETO**, da atividade da empresa pública e da sociedade de economia mista. Se elas atuarem como agentes públicos, prestadores de serviços públicos, elas podem ser imunes.

IMPORTANTE! Então, o STF entende que a imunidade tributária recíproca abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista **PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE PRESTAÇÃO OBRIGATÓRIA E EXCLUSIVA DO ESTADO**.

OBS.: Segundo Ricardo Alexandre se a participação privada na SEM for considerada ínfima, a imunidade não restará prejudicada.

O mesmo STF diz que a aplicabilidade da imunidade as EP e SEM devem observar os seguintes requisitos:

a) Restringir-se a propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado;

b) Não beneficiar atividades de exploração econômica, destinada primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares;

c) Não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício da atividade profissional ou econômica lícita.

O STF, por exemplo, entendeu que a ECT, **por prestar serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, **goza da imunidade**, pois, ainda no entender da Corte Suprema, a extensão prevista no citado § 2º do art. 150 aplica-se às Empresas Públicas.

Daquele julgamento, colhe-se importante excerto, extraído do voto do Ministro Carlos Velloso, afirmando o seguinte (grifou-se):

"Visualizada a questão do modo acima – fazendo-se a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público – não tenho dúvida em afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a), ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, que é o serviço postal, CF, art. 21, X (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 636).

Posteriormente, em sessão realizada no dia 6 de fevereiro de 2007, o STF entendeu que a imunidade tributária recíproca era também extensiva às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público *(STF, 2.a T., AC 1.550-2/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.2007, DJ 18.05.2007 p. 103).*

EXTRA – Dizer o Direito[16]

Os Correios gozam de imunidade tributária porque é uma empresa pública que desempenha serviços públicos. Ocorre que os Correios, além das atividades que desenvolvem de forma exclusiva, como é o caso da entrega de cartas, também realizam alguns serviços em concorrência com a iniciativa privada (**ex.:** entrega de encomendas).

Quando os correios realizam o serviço de transporte de bens e mercadorias, concorrendo, portanto, com a iniciativa privada, mesmo assim eles gozam de imunidade? Ficam livres de pagar ICMS?

SIM. O STF decidiu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT goza de imunidade tributária recíproca mesmo quando realiza o transporte de bens e mercadorias. Assim, não incide o ICMS sobre o serviço de transporte de bens e mercadorias realizado pelos Correios. Desse modo, a imunidade tributária para a entrega de encomendas dos Correios é uma forma de conferir SUBSÍDIO CRUZADO para os demais serviços postais. *STF. Plenário. RE 627051/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/11/2014 (Info 767).*

6.3.5 Atos e contratos

[16] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Conselhos profissionais não estão sujeitos ao regime de precatórios. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2015/01/correios-gozam-de-imunidade-tributaria.html>. Acesso em: 27/07/2018

Os atos praticados por EP e SEM devem ser caracterizados como atos privados, em regra, em razão da natureza privada dessas entidades e, em relação às estatais econômicas, pela sujeição ao mesmo tratamento jurídico das empresas privadas **(art. 173, § 1º, II, da CF)**.

Todavia, os atos praticados por estatais no desempenho de funções administrativas (**ex.:** concurso público e licitação) serão considerados atos **MATERIALMENTE administrativos**, passíveis do respectivo controle.

Súmula n. 333 do STJ: Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Em relação aos contratos, tem-se que as **estatais econômicas** somente celebram contratos privados da Administração, despidos, em regra, das cláusulas exorbitantes (**art. 62, § 3º, I, da Lei 8.666/93)**, tendo em vista a submissão ao mesmo regime jurídico das empresas privadas **(art. 173, § 1º, II, da CF)**.

Por outro lado, as **estatais prestadoras de serviços públicos**, além dos contratos privados (como locação, por exemplo), podem celebrar contratos administrativos vinculados à prestação do serviço público. Todavia, a referida distinção não aparece expressamente na **Lei 13.303/2016** que, em seu **art. 68**, dispõe que os contratos celebrados por todas as empresas estatais regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto na própria lei das estatais e pelos preceitos de direito privado.

6.3.6 Licitação

A regra é a exigência de licitação para os contratos celebrados pelas estatais, ressalvada as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 13.303/2016.

6.3.7 Responsabilidade civil

Dispõe o **art. 37, § 6º da CF**:

§ 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.

IMPORTANTE! É consenso na doutrina e jurisprudência que as EPs e as SEMs exploradoras de atividade econômicas NÃO ESTÃO sujeitas ao art. 37, § 6º da CF (responsabilidade civil objetiva).

O **art. 37, § 6º, CF** atribui responsabilidade civil objetiva *às "pessoas jurídicas de direito público"* e *às "pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos"* pelos danos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causarem a terceiros.

Como se vê essa norma abrange todas as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, inclusive as não integrantes da administração pública que os prestem por delegação – concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.

Por outro lado, estão excluídas da regra de responsabilidade extracontratual objetiva as EP e SEM exploradoras de atividade econômica. Estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo direito civil ou pelo direito comercial.

6.3.8 Falência

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, quanto à possibilidade de falência, é mister observar que a **Lei 11.101/2005 afasta** expressamente a aplicação de suas disposições às EP e SEM, sem fazer qualquer distinção quanto ao objeto da entidade **(art. 2º, I)**. Atualmente, as EPs e as SEMs, qualquer que seja o seu objeto, NÃO estão sujeitas a falência, não podem falir.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, HEMOBRÁS, 2008: As empresas públicas estão sujeitas ao regime de falências.

Errado.

CESPE/CEBRASPE, PG-DF, 2013: As sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica não se sujeitam à falência nem são imunes aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Certo.

6.3.9 Pessoal

É próprio das entidades administrativas com personalidade jurídica de **direito privado** o regime de emprego público.

O pessoal permanente das EP e das SEM, independentemente de seu objeto, está sujeito a **regime trabalhista**, tem vínculo de **natureza contratual**, ou seja, os agentes dessas entidades são **empregados públicos, regidos pela CLT**. O regime jurídico dos empregados públicos das EPs e das SEMs é idêntico, tanto nas que tem como objeto a prestação do serviço público, quanto nas que se dedicam a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

ATENÇÃO! Entretanto, eles são equiparados a funcionários públicos para fins penais **(CP, art. 327, § 1º)** e os seus atos podem ser enquadrados como atos de improbidade administrativa.

Exige-se ingresso por concurso público?

SIM. Sua contratação exige concurso público **(CF, art. 37, II)**.

Todavia, eles **não** adquirem a estabilidade de que trata o art. 41, da CF, podendo, em tese, ser dispensados nos termos previstos na CLT.

A dispensa dos empregados das empresas púbicas e sociedades de economia mista exige motivação?

É um tema que deve ser analisado com calma.

Nos casos das estatais NÃO prestadoras de serviços públicos, é dizer exploradoras de atividades econômicas, não há a necessidade de motivação da dispensa de seus funcionários.

Em se tratando de Estatais prestadoras de serviço público o aluno deve se atentar à jurisprudência mais recente. Isso porque, houve alteração no entendimento lançado pelo STF no RE 589998/PI. Em um primeiro momento, chegou-se a entender que, em atenção aos princípios da impessoalidade e isonomia, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada.

Contudo, em 10.10.2018, o STF revisou seu posicionamento, ao julgar os embargos de declaração no RE 589998/PI, para assentar que **a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) deve, obrigatoriamente, motivar em ato formal a demissão de seus empregados**. Segundo os ministros, **não é necessário processo administrativo, apenas uma justificativa que possibilite ao empregado, caso entenda necessário, contestar a dispensa**.

O entendimento, então, aplica-se somente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)?

SIM. O relator do RE, ministro Luís Roberto Barroso, observou que o julgamento foi concluído em março de 2013, mas sem que fosse fixada tese de repercussão geral. Posteriormente, em sessão administrativa realizada em dezembro de 2015, ficou decidido que os ministros formulariam propostas de teses de repercussão geral para os RE's de sua relatoria que não possuíam teses expressamente fixadas.

No caso do RE 589998, a primeira tese fixada foi genérica, estendendo a motivação de dispensa de empregado às empresas públicas e sociedades de economia mista tanto da União, quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. O relator explicou que, além dos questionamentos da ECT, outras empresas públicas questionaram a abrangência da tese, pois estariam sendo afetadas por uma decisão sem

que tivessem sido parte no processo. Assim, ele votou pelo acolhimento parcial dos embargos de declaração.

Durante parte do julgamento, os ministros discutiram se ampliavam o entendimento do caso a todas empresas públicas de sociedade de economia mista. Ao final, porém, a maioria concordou que seria mais adequado fixar uma tese minimalista que possa ser aplicada somente a funcionários celetistas da ECT.

Caso as outras empresas queiram se beneficiar do mesmo entendimento, terão de recorrer à Corte, afirmaram os ministros.

Assim, os magistrados **restringiram a decisão aos Correios** e aprovaram a seguinte tese a ser aplicada pelas instâncias inferiores. "**A ECT tem o dever jurídico de motivar em ato formal a demissão de seus empregados**".

Assim, o STF reafirmou entendimento de que celetistas da empresa, apesar de terem passado em concurso, não têm estabilidade, uma vez que não é necessário instaurar processo administrativo disciplinar e possibilidade de contraditório do funcionário para dispensá-lo.

Estão sujeitos à vedação de acumulação de cargos?

SIM, estão sujeitos à vedação de acumulação remunerada de seu emprego com cargos, empregos e funções públicas, ressalvadas as hipóteses admitidas na CF (art. 37, XVI e XVII).

Submissão ao teto constitucional:

A remuneração desses empregados públicos está sujeita ao teto constitucional estabelecido no inc. XI do art. 37 no caso das EP e SEM que recebem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral **(CF, art. 37, § 9º).**

Atenção! Lado outro, as entidades que **não** recebam recursos para essas finalidades não se submetem ao teto da remuneração.

Justiça competente para ações relacionadas à relação do trabalho:

Os conflitos decorrentes da relação de trabalho envolvendo, de um lado, qualquer EP ou SEM e, do outro lado, os respectivos empregados públicos são julgados pela **Justiça do Trabalho**.

O pessoal dessas entidades, assim como quaisquer empregados públicos, está sujeito ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS (CF, art. 40, § 13).

IMPORTANTE! Os dirigentes dessas entidades, **quando não são empregados integrantes do respectivo quadro de pessoal**, não podem ser classificados como empregado público celetista. Nesse caso, o dirigente não está sujeito nem ao regime trabalhista nem ao regime estatutário. O dirigente estranho ao quadro da

entidade atua como uma espécie de representante da pessoa política que o nomeou, a qual é responsável pela tutela de toda a administração pública indireta a ela vinculada.

Segundo Rafael Oliveira, quanto aos dirigentes das empresas estatais, que ocupam **cargos em comissão** ou exercem **função de confiança**, a nomeação, ainda que não se submeta à regra do concurso público, deve respeitar os requisitos estabelecidos na Lei 13.303/2016.

6.3.10 Pessoal

Os dirigentes das EPs e das SEMs são investidos em seus cargos na forma que a lei ou seus estatutos estabelecerem.

A nomeação do dirigente compete ao chefe do poder a qual a entidade está vinculada (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Os dirigentes das EPs e das SEMs estão sujeitos a ação popular, a ação de improbidade administrativa, a ações penais por crimes praticados contra a administração pública e, quando estiverem exercendo atribuições do poder público (excluídos atos de gestão comercial), ao MS.

ATENÇÃO! O STF possui orientação no sentido de que NÃO é válida a exigência de prévia aprovação pelo Poder Legislativo para a nomeação de dirigentes da EP ou SEM pelo chefe do Poder Executivo. (ADI 1.642/MG).

A previsão legal de exigência da aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para nomeação, pelo chefe do Poder Executivo, de dirigentes de EPs e SEMs é **in**constitucional tanto apara as exploradoras de atividades econômicas quanto para as prestadoras de serviços públicos.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI 2167, em 03.06.20202, quando restou decidido que a submissão prévia ao legislativo das nomeações do Executivo para os cargos de procurador-geral do estado, membros da Defensoria Pública, interventores dos municípios, titulares de autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e assemelhados configura afronta à **reserva de administração** (STF, ADI 2167, j. em 03.06.2020)

6.3.11 Bens

Os bens das EP e das SEM, independentemente do objeto da entidade, **não** são bens públicos em sentido próprio (somente têm bens públicos propriamente ditos as pessoas jurídicas de direito público, nos termos do art. 98 do CC).

Entretanto, no caso específico das EP e SEM **prestadoras de serviços públicos**, em atenção ao **princípio da continuidade dos serviços públicos**, os bens que estejam diretamente empregados na prestação do serviço

público sofrem restrições semelhantes àquelas que caracterizam o regime jurídico dos bens públicos, como a **impenhorabilidade**, impostas em atenção ao princípio da continuidade do serviço público. Note-se que não é a natureza do bem em si que é levada em consideração.

Nesse sentido, Rafael Oliveira aponta que o regime jurídico aplicável aos bens das estatais é predominantemente privado, mas sofre modulações de direito público, especialmente no tocante à sua alienação que depende do cumprimento das exigências legais **(arts. 49 e 50 da Lei 13.303/2016)** e, no caso das **PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS**, à vedação de penhora de bens necessários à continuidade dos serviços públicos.

LEMBRAR! Os bens das estatais PODEM ser adquiridos por usucapião, NÃO sendo aplicável a imprescritibilidade típica dos bens públicos.

Frise-se, contudo, o afastamento da possibilidade supra quando o bem estiver afetado a um serviço público, cite-se do STJ:

Os imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH), por sua ligação com a prestação de serviço público, não estão sujeitos à usucapião.

A decisão é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de recurso especial em ação de usucapião de imóvel vinculado ao SFH e de titularidade da Caixa Econômica Federal (CEF).

A relatora no STJ, ministra Nancy Andrighi, negou o pedido. Segundo ela, também deve receber o tratamento de bem público aquele cujo titular é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, quando o bem estiver vinculado à prestação desse serviço.

Especificamente em relação à CEF, Nancy Andrighi destacou o fato de a instituição operar no setor habitacional, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população.

"Não obstante se trate de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, a CEF, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social, regulamentado por normas especiais previstas na Lei 4.380/64", disse a ministra. **(STJ, REsp 1.448.026/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma.)**

6.3.12 Quadro com principais diferenças e semelhanças entre as EP e SEM prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas

EP e SEM – ATIVIDADES ECONÔMICAS	EP e SEM – SERVIÇOS PÚBLICOS
Criação autorizada em lei específica (CF, art. 37, XIX)	Criação autorizada em lei específica (CF, art. 37, XIX)
Personalidade jurídica de direito privado	Personalidade jurídica de direito privado
Sujeição a controle finalístico (tutela) pela administração direta	Sujeição a controle finalístico (tutela) pela administração direta
Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito privado (CF, art. 173), mas parcialmente derrogada pelo regime de direito público	Atividade sujeita predominantemente ao regime híbrido, com predominância do regime de direito público
Não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas (CF, art. 173, § 2º)	**Podem** gozar de privilégios fiscais exclusivos
Não fazem jus à imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a", e § 2º)	Fazem jus à imunidade tributária recíproca (STF)
Exigência de concurso público para a contratação de pessoal (CF, art. 37, II)	Exigência de concurso público para a contratação de pessoal (CF, art. 37, II).
Pessoal permanente sujeito ao regime trabalhista (empregados públicos, regidos pela CLT)	Pessoal permanente sujeito ao regime trabalhista (empregados públicos, regidos pela CLT)
Remuneração do pessoal não sujeita ao teto constitucional, **exceto** se a entidade receber recursos públicos para o pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral (CF, art. 37, XI, e § 9º)	Remuneração do pessoal não sujeita ao teto constitucional, exceto se a entidade receber recursos públicos para o pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral (CF, art. 37, XI, e § 9º)
É inconstitucional a exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para a nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes da entidade (STF)	É inconstitucional a exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para a nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes da entidade (STF)
Sujeitas a controle pleno pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X)	Sujeitas a controle pleno pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X)
Todos os seus atos estão sujeitos a controle de legalidade ou legitimidade pelo Poder Judiciário, desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV)	Todos os seus atos estão sujeitos a controle de legalidade ou legitimidade pelo P. Judiciário, desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV)

Sujeitas a controle pleno pelos Tribunais de Contas, inclusive à "tomada de contas especial" (CF, art. 71, II)	Sujeitas a controle pleno pelos Tribunais de Contas, inclusive à "tomada de contas especial" (CF, art. 71, II)
Não sujeitas ao art. 37, § 6º da CF.	Sujeitas ao art. 37, § 6º da CF **(responsabilidade civil objetiva)**
Não sujeitas à falência	**Não** sujeitas à falência
Seus bens não se enquadram como bens públicos; estão sujeitos a regime de direito privado	Seus bens não se enquadram como bens públicos, mas os que forem diretamente empregados na prestação do serviço público podem sujeitar-se a restrições próprias dos bens públicos.

6.3.13 Aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista

É possível aplicar o regime de precatórios às sociedades e economia mista?

DEPENDE.

No caso de sociedade de economia mista que atua na atividade econômica NÃO é possível aplicar o regime de precatórios.

> (...) Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). (...) (STF. Plenário. RE 599628, Rel. Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 25/05/2011).

Já no caso de sociedades de economia mista **prestadoras de serviço público** de **atuação própria do Estado** e de **natureza não concorrencial** **SUBMETEM-SE AO REGIME DE PRECATÓRIO.** Esse é o entendimento do STF, lançado no RE 852302:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes.

1. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da **APLICABILIDADE** do **regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.**

2. A CASAL, sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento no Estado do Alagoas, presta serviço público primário e em regime de exclusividade, o qual corresponde à própria atuação do estado, haja vista não visar à obtenção de lucro e deter capital social majoritariamente estatal. Precedentes. STF. 2ª Turma. RE 852302 AgR/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2015 (Info 812).

Como caiu em prova:

FCC, TRT9, 2013: As empresas estatais submetem-se ao regime jurídico típico das empresas privadas, aplicando-se a elas, no entanto, algumas normas de direito público, como regime especial de execução, sujeito a pagamento por ordem cronológica de apresentação de precatórios.

Errado.

FCC, PGM JOÃO PESSOA, 2012: As sociedades de economia mista são pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com derrogação parcial do regime privado por normas de direito público. É regra típica de direito público aplicável a essa entidade, mesmo quando desempenha atividade tipicamente econômica, o pagamento de débitos por meio de precatório.

Errado.

6.3.14 Distinções entre empresas públicas e sociedade de economia mista

As diferenças entre EP e SEM são meramente formais, a saber:

A forma jurídica:

As sociedades de economia mista devem ter a forma de **sociedade anônima (S.A.) – arts. 4º e 5º, da Lei 13.303/2016**, sendo reguladas, basicamente, pela Lei das Sociedades Anônimas **(Lei 6.404/76)**. Por serem sociedades anônimas, as SEM sempre têm natureza comercial, seja qual for o seu objeto **(Lei 6.404/76, art. 2º, § 1º).** São inscritas, dessa forma, no registro público de empresas mercantis.

As empresas públicas podem revestir **qualquer das formas admitidas no ordenamento (art. 3º da Lei 13.303/16)**.

IMPORTANTE! As EP **federais** podem, até mesmo, serem instituídas sob a forma jurídica *sui generis*, não prevista no direito privado; basta que a lei que autorize sua criação assim disponha. Essa hipótese – a criação

de uma EP sob forma jurídica ímpar – não é possível para os demais entes federados, porque a competência para legislar sobre direito civil e comercial é privativa da União **(CF, art. 22, I).**

As EP têm seus atos constitutivos inscritos no registro público das empresas mercantis ou no registro civil das pessoas jurídicas, conforme o caso.

A composição do capital:

A SEM é obrigatoriamente formada pela conjugação de **capital público e privado**, ou seja, deve haver ações de propriedade do Estado e ações de propriedade de particulares, pessoas físicas ou jurídicas. **É necessário, porém, que a maioria das ações com direito a voto pertença à pessoa política instituidora,** ou a entidade de sua administração indireta.

Em outras palavras, **o controle acionário das SEMs deve ser da administração pública.**

A EP é **INTEGRALMENTE pública**. Em outros termos, **não** há possibilidade de participação direta de recursos de particulares na formação do capital das EPs.

É possível a criação de empresas públicas unipessoais?

SIM. Há possibilidade de criação de empresas públicas unipessoais, ou seja, com um único sócio (Caixa Econômica Federal).

Criação de EP com participação de outras pessoas políticas

É possível, porém, desde que a maioria do capital votante de uma EP permaneça sob propriedade da pessoa política instituidora, que haja participação de outras pessoas políticas, ou de entidades das diversas administrações indiretas.

ATENÇÃO! Assim, uma EP pode ser **unipessoal**, ou seja, 100% do capital pertencer à pessoa política instituidora, ou **pluripessoal**.

No caso de uma EP pluripessoal, o controle societário deve ser da pessoa política instituidora, podendo o restante do capital estar nas mãos de outras pessoas políticas, ou de quaisquer entidades da administração indireta (inclusive outras SEM) de todas as esferas da Federação.

Portanto, enquanto nas **EP** o controle societário pertence ao ente federado, ainda que possa haver a participação minoritária de entidades da Administração Indireta, nas **SEM** o controle pode ser assumido por Ente federado ou entidade da Administração Indireta, com participação minoritária de pessoa da iniciativa privada **(arts. 3º e 4º. da Lei 13.303/16).**

O foro processual (somente para as entidades federais):

As causas em que as **EP federais** forem interessas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho, serão processadas e julgadas pela **Justiça Federal (CF, art. 109, I).**

As **SEM federais**, por sua vez, **não** foram contempladas com o foro processual da Justiça Federal, tendo suas causas processadas e julgadas na **Justiça Estadual (Súmulas 517 e 556 do STF)**.

Súmula n. 517 do STF: As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente.

Súmula n. 556 do STF: É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

As EP e SEM **estaduais** e **municipais** terão suas causas processadas e julgadas na **Justiça Estadual**.

As EP e SEM **distritais** estão sob jurisdição do **Poder Judiciário do DF**.

ATENÇÃO! Os conflitos decorrentes da **relação de trabalho** envolvendo, de um lado, qualquer EP ou SEM, e, de outro, os respectivos empregados públicos, são julgados pela **Justiça do Trabalho (CF, art. 114).**