

AMOSTRA



SUMÁRIO

1. METAS	03 a 35
1.1. PODER CONSTITUINTE	03
1.2. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2. MATERIAIS	36 a 149
2.1. PODER CONSTITUINTE	36
2.2. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	66

META 1

PODER CONSTITUINTE

PONTO DO EDITAL:

1.2. (...) Poder constituinte. Poder reformador. Poder decorrente. Postulados constitucionais. Revisão e reforma constitucional. Limites expressos e implícitos ao poder de reforma.

ATUALIZADO ATÉ JUNHO/2022.

PASSO A PASSO

- Ler o assunto pelo material do curso.
- Ler o art. 60 da CF.
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Resolver 25 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com.br, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	VUNESP e outras
DISCIPLINA	CONSTITUCIONAL
ASSUNTO	1.3 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, DERIVADO E DECORRENTE - REFORMA (EMENDAS E REVISÃO) E MUTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O QUE VOCÊ DEVE SABER SOBRE O ASSUNTO

a) Poder Constituinte:

- **Conceito:** poder constituinte é o poder de **estabelecer**, **modificar** ou **complementar** uma Constituição.
- **Titularidade do Poder Constituinte:** A doutrina moderna diz que o titular é o **POVO**, cuja definição consta do artigo 12 da Constituição Federal. Em outras palavras, a expressão **POVO** corresponde aos brasileiros natos e naturalizados. A doutrina clássica de Sieyès atribuía a titularidade à **NAÇÃO**.
- A titularidade do Poder Constituinte não se confunde com o seu exercício. Embora a titularidade seja do **POVO**, seu exercício se dá por meio de **REPRESENTANTES**.

- De forma legítima, esses representantes podem estabelecer uma nova ordem constitucional, por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte (Poder Constituinte Originário), ou modificar uma Constituição já existente (Poder Constituinte Derivado Reformador).

- De forma ilegítima, por meio de uma ruptura política, a inovação da ordem constitucional pode advir de grupos sem aceite popular. É o que se chama de **PODER CONSTITUINTE USURPADO OU OUTORGA CONSTITUCIONAL**.

- Além disso, a Assembleia Nacional Constituinte pode ser legitimamente constituída e, ainda assim, fugir dos limites impostos pelo **POVO** quando da sua convocação. É o que se chama de **BOOTSTRAPPING**.

- **Hiato Constitucional:** é uma expressão de Ivo Dantas. Segundo o autor, o hiato constitucional, também chamado de *revolução*, é o choque entre a Constituição e a realidade social. O **hiato constitucional ou revolução** pode abrir espaço para a ocorrência de quatro fenômenos. São eles:

1) **Assembleia Nacional Constituinte:** sua convocação objetiva a instauração de nova ordem constitucional de modo legítimo e democrático.

2) **Hiato autoritário:** é a tentativa de suprir o *hiato constitucional* com a produção de texto ilegítimos, autoritários e sem legitimidade.

3) **Reforma Constitucional:** é a manifestação formal do Poder Constituinte Reformador para modificar a Constituição, adaptando-a às novas necessidades sociais.

4) **Mutação Constitucional:** é a modificação informal da Constituição. Mantem-se o texto constitucional, mas altera-se o seu sentido interpretativo.

b) Espécies de Poder Constituinte:

- O Poder Constituinte pode ser Originário, Derivado, Difuso ou Supranacional. Veja abaixo a classificação:



c) Poder Constituinte Originário:

• **Conceito:** é o poder de inaugurar uma nova ordem constitucional. **Após o estabelecimento da Constituição, o Poder Constituinte não se exaure.** Isso porque o Poder Constituinte Originário existe em **estado de latência** durante todo o tempo de existência da manifestação estatal ao qual corresponder.

• **Poder de fato ou de direito?** É **PODER DE FATO**, poder político, pois representa uma energia ou força social. Tem natureza pré-jurídica, uma vez que a ordem jurídica começa com o poder constituinte originário e não antes dele.

• Natureza do Poder Constituinte Originário:

JUSPOSITIVISTAS	JUSNATURALISTAS
Segundo os juspositivistas, não existe forma de direito além daquelas admitidas pela ordem jurídica. Logo, o Poder Constituinte Originário é	Segundo os jusnaturalistas, o Poder Constituinte Originário advém de uma base normativa anterior, qual seja, o direito natural, que é

poder de fato que se impõe por consenso popular ou pela força, inaugurando nova ordem jurídica. É a posição adotada pelo Brasil, segundo o STF (ADI/MC 2.356).

superior hierarquicamente ao poder constituinte. Os adeptos reconhecem no Poder Constituinte a natureza extrajurídica, já que o Direito não seria composto apenas de normas escritas.

• **Características do Poder Constituinte Originário:**

I) **INICIAL:** O poder constituinte originário inaugura a ordem jurídica.

II) **AUTÔNOMO:** não convive com nenhum outro poder que tenha a mesma hierarquia.

III) **INCONDICIONADO:** não se sujeita a nenhuma outra norma jurídica.

IV) **ILIMITADO:** O poder constituinte originário não sofre nenhum limite, muito menos imposto pela ordem jurídica anterior. Embora seja ilimitado juridicamente, ver o quadro verde anterior que fala dos Juspositivistas.

V) **PERMANENTE:** Pode se manifestar a qualquer tempo. Não se esgota quando da edição de uma Constituição.

RISCO DE PEGADINHA: *Nova ordem constitucional e as relações jurídicas constituídas sob a égide da ordem jurídica anterior.*

• É **inadmissível a invocação do direito adquirido ou da coisa julgada** contra determinação contida em eventual nova Constituição Federal elaborada por poder constituinte originário.

• **Em regra, incide a retroatividade mínima**, segundo o STF. Nada impede que haja retroatividade média ou máxima. Todavia, a única retroatividade automática é a mínima.

d) Poder Constituinte Derivado:

• **Conceito:** é o poder de alterar e complementar a Constituição. É poder constituído, ou seja, é criado e instituído pelo Poder Constituinte Originário. Por esse motivo, é, do ponto de vista jurídico, **LIMITADO E CONDICIONADO** aos parâmetros impostos pelo Poder Constituinte Originário.

• **Características do Poder Constituinte Derivado:**

I) **SECUNDÁRIO:** Isso porque deriva do Poder Constituinte Originário.

II) **CONDICIONADO E LIMITADO:** Uma vez que fica condicionado aos parâmetros e limites impostos pelo Poder Constituinte Originário.

• **Espécies de Poder Constituinte Derivado:** Reformador, Decorrente e Revisor.

e) Poder Constituinte Derivado Reformador:

• **Conceito:** é o Poder Constituinte que altera formalmente o texto da Constituição. Como Poder Constituinte Derivado, ele tem limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário, quais sejam:

→ **TEMPORAL:** É a limitação de reforma por determinado tempo. A CF/88 não previu qualquer tipo de limitação temporal para o PCD Reformador. Todavia, previu o limite temporal para o PCD Revisor, vide artigo 3º do ADCT:

Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

→ **CIRCUNSTANCIAL:** Limita a modificação da CF em períodos de crise institucional, tais como o estado de sítio, de defesa e de intervenção federal.

Art. 60. §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

RISCO DE PEGADINHA: As bancas costumam trocar o termo **CIRCUNSTANCIAL** com **TEMPORAL**.

→ **FORMAL OU PROCEDIMENTAL:** São as normas do processo legislativo a serem obedecidas para a modificação e alteração da CF.

Iniciativa:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Procedimento de aprovação:

Art. 60, §2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Promulgação:

Art. 60, §3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Repropositura de PEC rejeitada:

Art. 60, §5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

RISCO DE PEGADINHA: A regra da irrepitibilidade e as espécies legislativas:

1. Emenda Constitucional: irrepitibilidade absoluta

Art. 60, § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

2. Medida Provisória: irrepitibilidade absoluta

Art. 62, §10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

3. Leis: irrepitibilidade relativa

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

→ **MATERIAL:** São matérias subtraídas da atuação do PCD Reformador. São as chamadas cláusulas pétreas. A doutrina brasileira admite a existência de limitações materiais explícitas e implícitas. As limitações materiais explícitas são:

Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

- A expressão “tendente a abolir” protege o núcleo essencial desses assuntos e não o texto literal consagrado na CF.

- São cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. No caso de o Poder Constituinte Derivado Reformador aumentar o rol de direitos e garantias individuais, os novos direitos e garantias não se tornam cláusulas pétreas.

- As limitações materiais implícitas são, por exemplo, a impossibilidade de alteração da titularidade do PCD Reformador e do procedimento previsto para reforma.

→ **LÓGICA:** Há doutrina que defende que as limitações materiais implícitas exemplificadas acima são limitações lógicas.

f) Poder Constituinte Derivado Decorrente: é o poder constituinte derivado que se manifesta quando da elaboração das Constituições Estaduais (institucionalizador) e quando da modificação (modificador) dessas Constituições Estaduais.

- Sendo assim, o poder constituinte derivado decorrente consiste na possibilidade que os Estados-Membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio das respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras estabelecidas pela CF.

- Como dito, o Poder Constituinte Derivado Decorrente deve obedecer às limitações da Constituição Federal. Isso não quer dizer que, na criação da Constituição Estadual, determinados dispositivos da CF tenham que ser necessariamente reproduzidos na CE.

- Tendo em vista que o PCD Decorrente é apenas autônomo e não soberano, ele deve obedecer a princípios constitucionais estipulados pelo PCO, que são as **NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA**, tais como:

→ **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS:** São os previstos no art. 34, VII, da CF, *in verbis*:

Art. 34. VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

→ **PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS:** São aqueles que limitam a autonomia estadual, segundo a regra de que aos Estados-Membros se reservam os poderes que não lhes sejam vedados.

→ **PRINCÍPIOS EXTENSÍVEIS:** São normas que regulamentam a organização da União, mas que, por simetria, devem ser observadas pelos Estados.

- **Lei Orgânica Municipal deriva do Poder Constituinte Derivado Decorrente?** Não. Para ser Poder Constituinte Derivado Decorrente, é necessário encontrar seu fundamento direto da Constituição Federal. Todavia, os Municípios, ao elaborarem sua própria Lei Orgânica, submetem-se a duas órbitas legislativas, a da CF e Constituições Estaduais. Desse modo, não é correto dizer que as Leis Orgânicas dos Municípios são obras do PCD Decorrente.

- **E a Lei Orgânica do Distrito Federal deriva do Poder Constituinte Derivado Decorrente?** Sim. O Distrito Federal está bem mais próximo da arquitetura constitucional dos Estados do que dos Municípios. Nesse

passo, a única órbita legislativa ao qual a Lei Orgânica do DF deve obediência é a da Constituição Federal. Desse modo, pode-se dizer que a Lei Orgânica do DF é obra do PCD Decorrente.

• **E a regulamentação sobre Territórios deriva do Poder Constituinte Derivado Decorrente?** Não. Os Territórios sequer têm autonomia federativa.

RISCO DE PEGADINHA:

1. Prevalece, na doutrina e na jurisprudência, que, para emendar a Constituição Federal, não precisa se respeitar a iniciativa privativa do Poder Executivo. Precedente: Info 826.

2. Todavia, **para emendar a Constituição Estadual**, é necessário obedecer às matérias que estão afetas à iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Veja:

É inconstitucional emenda constitucional que insira na Constituição estadual dispositivo determinando a revisão automática da remuneração de servidores públicos estaduais. Isso porque tal matéria é prevista no art. 61, § 1º, II, "c", da CF/88 como sendo de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo. Precedente: Info 774 do STF.

3. **E as normas originárias da Constituição Estadual?** O entendimento tradicional do STF dizia que o Poder Constituinte Derivado Decorrente tinha que observar as regras constitucionais de iniciativa privativa para as normas originárias da Constituição Estadual. Todavia, posições mais recentes do STF demonstram a mudança de posição. Precedente: Info 768 do STF.

g) Poder Constituinte Derivado Revisor: é conhecido também como poder anômalo de revisão. É estabelecido pelo próprio Poder Constituinte Originário. No Brasil, esse poder teve o intuito de adaptar a Constituição à realidade social. **Exemplo:** o artigo 3º dos ADCT estabeleceu uma revisão à Constituição de 1988 a ser realizada 5 (*cinco*) anos após a sua promulgação:

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após **CINCO ANOS**, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da **MAIORIA ABSOLUTA** dos membros do **CONGRESSO NACIONAL, EM SESSÃO UNICAMERAL.**

h) Poder Constituinte Difuso: é o mesmo que mutação constitucional, que é um poder de fato apto a promover a alteração informal da norma constitucional. Modifica-se a interpretação da norma sem alterar seu texto. Isso ocorre porque diversas normas constitucionais são polissêmicas (vários sentidos). Naturalmente, a mutação e a nova interpretação não podem macular os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de se caracterizar a *mutação inconstitucional*.

i) Poder Constituinte Supracional: Trata-se ainda de uma criação doutrinária que tenta explicar o fortalecimento do Direito Comunitário e a interação de diversas Constituições. Dessa forma, abandona-se o Constitucionalismo de cada Estado para estudar o transconstitucionalismo (Marcelo Neves) ou interconstitucionalismo (Canotilho).

j) Nova Constituição e Ordem Jurídica Anterior:

- **RECEPÇÃO:** É certo que a Constituição inaugura uma nova ordem jurídica. Entretanto, as normas infraconstitucionais previamente existentes e compatíveis materialmente com a nova ordem constitucional sofrem o fenômeno da **recepção**. No fenômeno da recepção, só se analisa a compatibilidade material perante a nova Constituição. Se determinado ato normativo for incompatível do ponto de vista formal, ele é recebido com nova roupagem.

RISCO DE PEGADINHA:

1. No fenômeno da recepção das normas constitucionais, só se analisa a compatibilidade material perante a nova Constituição. Dessa forma, se determinado ato normativo for incompatível do ponto de vista formal com a nova Constituição, ele é recebido com nova roupagem.

Observe que: Se uma norma anterior à nova Constituição for incompatível do ponto de vista formal ou material com a CF revogada, ela não poderá ser recepcionada pela nova ordem Constituição com nova roupagem. Isso porque a lei nasceu inconstitucional. Veja:

- Constituição antiga exige lei complementar para matéria X. Matéria X é regulamentada por lei complementar.

Constituição nova não exige lei complementar para matéria X. Tal lei pode ser recebida com nova roupagem: lei ordinária.

- Constituição antiga exige lei complementar para matéria X. Matéria X é regulamentada por lei ordinária. Constituição nova não exige lei complementar para matéria X. Tal lei não pode ser recebida com nova roupagem, porque ela é inconstitucional de acordo com o parâmetro da Constituição antiga.

2. NÃO EXISTE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. A inconstitucionalidade é um vício de nascimento da norma. Assim, uma norma anterior à constituição jamais poderá ser julgada inconstitucional. Ela será recepcionada ou não recepcionada.

O Informativo 874 do STF, que tratou do julgamento do amianto, não utilizou a acepção tradicional de inconstitucionalidade superveniente. Em verdade, chamou assim uma norma que sofreu processo de inconstitucionalização.

- **DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO:** Trata-se do fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o status de lei infraconstitucional.

- **REPRISTINAÇÃO:** Em regra, não se adota a repristinação constitucional, a não ser que haja previsão expressa nesse sentido. O Poder Constituinte Originário pode prever a repristinação? Sim, é totalmente possível. Todavia, a CF/88 não conta com tal previsão.

RISCO DE PEGADINHA: Não confunda repristinação constitucional com os efeitos repristinatórios derivados do controle de constitucionalidade.

k) Outros temas:

- **TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS:** A teoria baseia-se no fato de que a fonte de legitimação de qualquer Constituição é um Direito Suprapositivo. Sendo assim, após a elaboração de uma Constituição, haveria normas adequadas ao Direito Suprapositivo e normas não adequadas. Seriam, respectivamente, normas constitucionais fortes e normas constitucionais fracas. Por essa razão, as normas constitucionais fracas poderiam se revelar inconstitucionais. A tese é de Otto Bachof e cria uma verdadeira hierarquia entre normas constitucionais. O STF não admite a teoria no Brasil.

- **TEORIA DA DUPLA REFORMA OU REFORMA EM DOIS TEMPOS:** É a teoria segundo a qual as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário não são absolutas. Logo, o PCD Reformador pode apagar ou modificar as limitações a si impostas. Após isso, ficaria livre para alterar as normas protegidas pelo PCO. Ex: Uma EC retira os direitos e garantias individuais da condição de cláusula pétrea. Após isso, nova EC prevê a possibilidade de pena de morte. Tal teoria é bem minoritária no Brasil.

- **TEORIA DO PARADOXO DA ONIPOTÊNCIA:** “O paradoxo da onipotência. Mesmo o constituinte originário não pode ditar normas jurídicas inalteráveis ao arbítrio de si próprio. Por outras palavras, se o poder constituinte é considerado juridicamente ilimitado (onipotente), uma disposição constitucional feita por ele poderia regular qualquer aspecto jurídico, no âmbito do sistema jurídico a que lhe correspondesse, incluindo ela mesma. Mas se assim fosse, o constituinte originário poderia tornar alguma parte da constituição imodificável até por ele próprio? A resposta é logicamente negativa. Por isso, ainda que rejeitada a ideia de que ele esteja vinculado ao direito natural, é de se desmistificar a tese segundo a qual o constituinte originário não se sujeita a limites jurídicos.” (Juliano Taveira e Olavo Ferreira – Sinopse de Direito Constitucional).

- **VACATIO CONSTITUICIONIS:** É o período entre a publicação de uma Constituição e o início de sua vigência. Ela só existe se for obra do próprio Poder Constituinte Originário.

COMPILADO JURISPRUDENCIAL

- A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. Precedente: ADI 2.356 MC.

- Processo de reforma da Constituição estadual. Necessária observância dos requisitos estabelecidos na CF (art. 60, § 1º a § 5º). Impossibilidade constitucional de o Estado-membro, em divergência com o modelo inscrito na Lei Fundamental da República, condicionar a reforma da Constituição estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 da totalidade dos membros integrantes da Assembleia

Legislativa. Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo Poder Legislativo local (...). Precedente: ADI 486.

- É inconstitucional emenda constitucional que insira na Constituição estadual dispositivo determinando a revisão automática da remuneração de servidores públicos estaduais. Isso porque tal matéria é prevista no art. 61, § 1º, II, “c”, da CF/88 como sendo de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo. Precedente: Info 774 do STF.
- As normas originárias da Constituição estadual não estão limitadas ao art. 61, § 1º, da CF/88. Precedente: Info 768 do STF.
- É possível que emenda à Constituição Federal proposta por iniciativa parlamentar trate sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º da CF/88. As regras de reserva de iniciativa fixadas no art. 61, § 1º da CF/88 não são aplicáveis ao processo de emenda à Constituição Federal, que é disciplinado em seu art. 60. Precedente: Info 826 do STF.
- Ainda que não haja previsão na Constituição Federal, emenda à Constituição Estadual pode ser feita por iniciativa popular no caso de o Poder Constituinte Decorrente assim tiver previsto Precedente: Info 921 do STF.
- As normas de reprodução obrigatória dos estados não precisam estar expressamente previstas em suas constituições. A reprodução pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. Precedente: Rcl 17954 AgR/PR.

METAS 1 E 2

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PONTOS DO EDITAL:

2.2. Organização administrativa. Órgãos públicos. Competências administrativas. Insurgência contra o exercício de competências. Competências discricionárias e vinculadas: procedimento de decisão administrativa; conceito, fundamentos e limites da discricionariedade, mérito do ato administrativo, discricionariedade técnica, controle da discricionariedade. Centralização e descentralização administrativa. Desconcentração. Hierarquia administrativa e prerrogativas do hierarca. Delegação e avocação de competência. Organização administrativa do Município de São Paulo.

2.3. Administração indireta. Conceito. Controle da administração indireta. Autarquias. Autarquias especiais. Autarquias do Município de São Paulo. Agências executivas. Agências reguladoras. Fundações públicas. Fundações municipais. (...)

Observações sobre o cumprimento da meta

1ª observação: A meta não engloba *Estatuto da Estatais, Consórcios e Terceiro Setor.*

2ª observação:

Foram destinados dois dias para o cumprimento da meta: **metade do DIA 1 e o DIA 2 inteiro.**

Sugestão de divisão do estudo:

DIA 1: Ler o material do curso até o ponto que estiver com boa concentração, tentando ver mais da metade do material.

DIA 2: Começa pela leitura da lei seca, lendo cada dispositivo de 2 a 4x para decorar.

Concluir a leitura do material e a jurisprudência.

Resolver as questões indicadas, revisando tudo que errar no material ou na letra da lei.

ATUALIZADO ATÉ JUNHO/2022.

PASSO A PASSO

- Ler o assunto pelo material do curso.
- 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
- Ler o compilado jurisprudencial abaixo.
- Resolver 40 questões sobre o assunto no site www.qconcursos.com.br, utilizando o seguinte filtro:

BANCA	VUNESP e outras
DISCIPLINA	ADMINISTRATIVO
ASSUNTO	3 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Observação: Excluir o 3.9 Consórcios Públicos e 3.10 Entidades Paraestatais ou Terceiro Setor.

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”.

- Os órgãos podem firmar, por meio de seus administradores, contratos de desempenho (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:
	<ul style="list-style-type: none"> • aumento de despesa • criação ou extinção de órgãos públicos
b) extinção de funções ou cargos públicos,	quando vagos.

- 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: <ul style="list-style-type: none"> • ser órgão da cúpula da hierarquia administrativa e • estar na defesa de suas prerrogativas institucionais. <p>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.</p>

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. Exemplo: 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 .
	COLEGIADOS	Também denominados pluripessoais, são 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. Exemplo: 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.

<p>DESCONCENTRAÇÃO</p>	<p>Ligam-se pela relação de hierarquia/subordinação.</p>	<p>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.</p> <p>Exemplo: A União, pessoa jurídica, cria Ministérios.</p>
<p>DESCENTRALIZAÇÃO</p>	<p>Ligam-se por uma relação de vinculação, controle ou tutela com o ente político que as criou.</p>	<p>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.</p> <p>Exemplo: O IBAMA é autarquia federal, criada por meio de lei, como descentralização da União Federal.</p>

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

<p>(DES)CONCENTRAÇÃO X (DES)CENTRALIZAÇÃO</p>	
<p>CENTRALIZAÇÃO CONCENTRADA</p>	<p>uma única pessoa jurídica sem divisões internas.</p>

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.

d) Administração direta x Administração indireta:

ADMINISTRAÇÃO DIRETA	ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	
Compreende os Entes federativos (União, Estados, DF e Municípios) e seus respectivos órgãos.	A administração indireta é composta por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.	
	DIREITO	DIREITO

	PÚBLICO	PRIVADO
	Autarquias	Sociedade de
	Fundações Públicas de Direito Público	Economia mista
		Empresa Pública
		Fundações Públicas de Direito Privado

- 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.
- 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:
 - 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.

- 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. Contudo, não se submetem ao regime de precatórios. Precedente: RE 938837.
- Os conselhos profissionais se submetem ao controle do Tribunal de Contas e devem fazer concurso público. Contudo, não precisam adotar o Regime Jurídico Único. Precedente: ADC 36

f) Fundações:

FUNDAÇÕES	
<ul style="list-style-type: none"> • 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
<ul style="list-style-type: none"> • Criadas e extintas diretamente por lei específica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente.
<ul style="list-style-type: none"> • Seus bens são públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Possuem bens privados, o que não afasta algumas prerrogativas de direito público.

<ul style="list-style-type: none"> • O regime normal de vinculação é estatutário. <p>Regime Jurídico Único.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Celetista.
<ul style="list-style-type: none"> • Possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública. 	<ul style="list-style-type: none"> • Não possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública.
<ul style="list-style-type: none"> • 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • 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: <ul style="list-style-type: none"> • 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.
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
<ul style="list-style-type: none"> • Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Criação autorizada por lei e inscrição dos atos constitutivos no registro competente.
	<ul style="list-style-type: none"> • 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
<ul style="list-style-type: none"> • Pode adotar qualquer forma societária. 	<ul style="list-style-type: none"> • Somente pode adotar a forma de sociedade anônima.
<ul style="list-style-type: none"> • Vínculo celetista. 	<ul style="list-style-type: none"> • Vínculo celetista.
<ul style="list-style-type: none"> • 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). 	<ul style="list-style-type: none"> • 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).
<ul style="list-style-type: none"> • 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • Justiça Estadual, ainda que seja sociedade de economia mista federal.

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. Precedente reafirmado: Info 1018 do STF.
- 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.

Observações sobre a Súmula n. 525 do STJ

1. 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 oponente.
- **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 oponente.

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.

- **Enunciado 5 do CJF:** O conceito de dirigentes de organização da sociedade civil estabelecido no artigo 2º, inciso IV, da Lei Federal n. 13.019/2014 contempla profissionais com a atuação efetiva na gestão executiva da entidade, por meio do exercício de funções de administração, gestão, controle e representação da pessoa jurídica, e, por isso, não se estende aos membros de órgãos colegiados não executivos, independentemente da nomenclatura adotada pelo estatuto social.
- **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.

Autarquias, fundações e agências reguladoras:

• É constitucional dispositivo legal que veda a indicação de pessoa que exerça cargo em organização sindical ou que seja membro de conselho ou diretoria de associação patronal ou trabalhista para a alta direção das agências reguladoras. Precedente: Info 1030 do STF.

Art. 8º-A. É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada:

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

VII - de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

• É constitucional lei estadual que submete as relações de trabalho estabelecidas no âmbito de fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, ao regime celetista. Precedente: ADI 4247 – Info 997 do STF.

• As fundações públicas de direito privado não fazem jus à isenção das custas processuais., porque essa benesse somente se aplica para as entidades com personalidade de direito público. Precedente: Info 676 do STJ.

• As multas aplicadas pelas agências reguladoras podem estar previstas em resoluções, 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. Precedente: 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).
- 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).

Empresas estatais e subsidiárias:

- A criação de subsidiárias 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. Desse modo, como não é exigida lei específica para criar, não é exigida lei específica para vender o controle acionário. Em alguns casos, a lei que autoriza a criação da empresa estatal exige lei específica para sua extinção ou privatização. Nesses casos, obviamente, não é suficiente uma lei genérica. Precedente: Info 1018 do STF.
- É desnecessária, em regra, lei específica para inclusão de sociedade de economia mista ou de empresa pública em programa de desestatização. Precedente: 1004.
- O Metrô-DF é sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, atividade desenvolvida em regime de exclusividade e sem intuito lucrativo. Por essa razão, os seus débitos devem se submeter ao regime de precatórios (art. 100 da CF/88). Precedente: ADPF 524
- 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.
- Para o exercício de toda e qualquer profissão, a regra é de que não é necessário que a pessoa se inscreva no respectivo Conselho Profissional. Somente quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. Precedente: RE 414426.
- 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).
- 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.
- 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.

Conselhos profissionais:

- 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. Precedente: STF. MS 28469.
- Os conselhos profissionais se submetem ao controle do Tribunal de Contas e devem fazer concurso público. Contudo, não precisam adotar o Regime Jurídico Único. Precedente: ADC 36.
- 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, 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 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 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, conseqüentemente, 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.



MATERIAL DE APOIO

CONSTITUCIONAL
Poder Constituinte

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE	9
3. TITULARES DO PODER CONSTITUINTE.....	12
4. EXERCÍCIO DO PODER.....	14
5. ESPÉCIES	16

PODER CONSTITUINTE

Revisado em 16.02.2022

Base do resumo:

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Pedro Lenza

Marcelo Novelino

Daniel Sarmento

1. INTRODUÇÃO

Conceito:

O **poder constituinte** é o poder de **elaborar** e **modificar** normas constitucionais. Em outras palavras, é o poder de estabelecer a constituição de um Estado, ou de modificar a constituição já existente.

O poder constituinte sempre dará origem a um novo Estado?

NÃO. Cuidado com essa afirmação categórica. O poder constituinte pode implicar na **criação** ou **refundação** do Estado, sendo uma nova fonte de legitimação do Estado, é dizer, nem sempre se origina um novo Estado, porém, este passa a ter um novo fundamento de validade com a nova Constituição.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o ponto fundamental da **Teoria do Poder Constituinte** – que explica a afirmação de que ela somente se aplica a estados que adotam a **constituição escrita e rígida**, e faz com que ela alicerce o princípio da supremacia constitucional – é a **distinção entre poder constituinte e poder constituído**.

Em síntese:

O **poder constituinte** é o poder que **CRIA** a constituição.

Os **poderes constituídos** são o **resultado dessa criação**, isto é, são os poderes estabelecidos pela constituição.

Segundo J.J. Gomes Canotilho, o Poder Constituinte situa-se na fronteira do direito constitucional, onde o direito constitucional e a política se tocam, não se sabendo onde termina um e onde começa o outro (zona de contato entre o direito constitucional e a política, por isso a ideia de “conceito limite do direito constitucional”).

O aluno tem que ter em mente que o poder constituinte é essencialmente **político** e não jurídico, ou seja, é meio pelo qual vamos transformar a **decisão política** em uma **norma jurídica de mais elevada categoria** (categoria constitucional) (**poder pré-constitucional**). É ali com o Poder Constituinte que a decisão política transformar-se-á em uma decisão jurídica. Por isso se fala que o Poder Constituinte é o poder de **juridicizar a política**.

Segundo Nathalia Masson (2017) "o poder constituinte originário é um poder político (ou de fato), que **antecede o direito** e estrutura-se nas condições sócio-políticas válidas no momento de sua atuação, sendo responsável pela elaboração da primeira Constituição de um novo Estado ou elaboração de uma nova Constituição daquele mesmo Estado, recriando-a sob o aspecto jurídico".

Como caiu em prova:

CEPSE/CEBRASPE, TJ-BA/JUIZ, 2019 (Adaptada): O poder constituinte originário é uma categoria pré-constitucional que fundamenta a validade da nova ordem constitucional.

Certo.

Relação entre o Poder Constituinte e o conceito de Constituição formal:

Constituição formal é fruto do constitucionalismo. Sendo assim, o Poder Constituinte (que é o Poder capaz de originar esta Constituição) também é fruto do **constitucionalismo**.

Essa teorização do Poder Constituinte surgiu no final do século XVIII, com as primeiras Constituições formais (**escritas**). Essa expressão “Poder Constituinte” surge de forma explícita no **Constitucionalismo francês em 1788** em um livro chamado “O que é o terceiro Estado” de **Emmanuel Joseph Sieyès** (faz a distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído).

Embora Sieyès tenha toda essa importância, é certo que no **constitucionalismo inglês** nós encontramos a colaboração de **John Locke**. O professor **Canotilho** lembra que, embora o Poder Constituinte não apareça na obra de Locke, **os pressupostos teóricos do Poder Constituinte já se encontravam na obra de Locke**. Locke não falava em Poder Constituinte, mas sim em *Supreme Power* (Poder Supremo) no livro “Dois tratados sobre o Governo” de 1689.

Quais são os pressupostos do Supreme Power de John Locke (“Dois Tratados sobre o Governo”, 1689) identificados com o Poder Constituinte (Canotilho)?

O **poder supremo** é conferido à sociedade ou comunidade não a qualquer soberano (Locke).

Obs.: Já na obra de Syeyès o Poder Constituinte pertence à NAÇÃO.

Por meio do **contrato social** o povo confere ao legislador poderes **limitados** e **específicos**, nunca arbitrários (Locke).

Obs.: Já na obra de Syeyès é a Constituição que vai permitir ao legislador o exercício do Poder Constituinte de forma limitada e nunca arbitrária.

Só o corpo político reunido no povo pode estabelecer a constituição política da sociedade (Locke).

Obs.: Já na obra de Syeyès a **nação** por meio de uma **assembleia nacional constituinte** poderá mudar toda a conformação do Estado Francês e escrever a Constituição.

Emmanuel Joseph Sieyès, por sua vez, no bojo do constitucionalismo francês, fez a distinção entre **Poder Constituinte** e **Poderes Constituídos**.

Sistematização teórica do Poder Constituinte:

- Abade Emmanuel Joseph Sieyès
- “*Qu’es-ce que le Tiers État?*” (“O que é o terceiro Estado?”; “A Constituinte Burguesa”) – 1788
- Distinção entre: **a)** Poder constituinte (que pertence à nação); **b)** Poderes constituídos (derivam do poder constituinte).

No final do século XVIII a França era governada pelo rei Luiz XVI. Havia uma crise econômica, financeira, social e política no Estado Francês que precisava de recursos para combater esses problemas. Ao mesmo tempo vigorava um **regime estamental** na França, que dividia a sociedade em **estamentos** (era um legado da Idade Média). Esse regime estamental era baseado em **privilégios** de determinados estamentos sociais.

Obs.: não é correto falar em “classe social”, que é um conceito Marxista que apareceu depois (fala-se em “estamentos”).

Eram 3 estamentos, quais sejam: **a) clero; b) nobreza; c) restante**.

Isso gerava uma **desigualdade jurídica**. Dentre elas, a desigualdade tributária destacava-se, pois, aqueles que eram do clero e da nobreza (1º e 2º estamento respectivamente), não pagavam impostos (era denominado de antigo regime). Havia desigualdade formal, a lei desigualava a sociedade.

O rei Luiz XVI convocou a Assembleia dos Notáveis, que era uma assembleia altamente aristocrática, formada principalmente por membros do clero, para tentar por meio dela resolver os problemas financeiros que a França enfrentava. Essa Assembleia recusou-se a fazer uma reforma tributária, pois esta iria contra os privilégios dos membros da própria assembleia, já que, como visto, os membros do clero e da nobreza não pagavam impostos.

Em 1788, Luiz XVI resolve convocar uma outra Assembleia, a Assembleia dos Estados Gerais do Reino. Foi convocada para se reunir a partir de 1º de maio de 1789, e conclamou os franceses a apresentarem suas ideias. 40 mil publicações foram feitas na França naquela época, sendo que 4 publicações foram de **Emmanuel Joseph Sieyès**, e uma delas era a obra “O que é o terceiro Estado?”.

A Assembleia dos Estados Gerais do Reino (criada em 1302 pelo Rei Felipe IV) não se reunia desde 1614, e tinha como características ser um **órgão consultivo** (que aconselhava o rei), e o voto era por Estado. O 1º Estado era uma representação do Clero (1º Estamento), o 2º Estado era uma representação da Nobreza (2º Estamento) e o 3º Estado era uma representação dos burgueses, camponeses sem-terra, etc (3º Estamento).

Quando fosse colocada em pauta a questão dos impostos essa proposta perderia por óbvio. Exatamente por isso, Emmanuel Joseph Sieyès fez algumas propostas para alterar a forma de composição e deliberação.

Quais foram essas propostas?

- 1)** Que o Terceiro Estado fosse composto por verdadeiros representantes do 3º Estado;
- 2)** Que houvesse uma igualdade entre o número de representantes do 3º Estado e o número de representantes da soma das classes privilegiadas (1º e 2º Estado);
- 3)** que fosse adotado na Assembleia o voto por cabeça, e não o voto por Estado.

Aqueles que eram contrários à ideia de Emmanuel Joseph Sieyès alegaram que a forma pela qual o Estado Francês constitui-se e a forma pela qual a Assembleia dos Estados Gerais do rei existe não admite nenhuma mudança. Assim, Sieyès defende a necessidade de uma Assembleia Nacional Constituinte para

fundar um **novo contrato social**, vale dizer, ele faz distinção entre a lei fundamental (que é a Constituição) – uma expressão do direito natural –, que é fruto de um Poder Constituinte, e os Poderes Constituídos. Traz, ainda, a ideia de que a nação não é escrava da Constituição, e, por isso, a nação pode alterar a Constituição por meio de representantes extraordinários em uma Assembleia Nacional Constituinte. Sieyès faz menção expressa ao “**poder constituinte**” pela primeira vez na história na seguinte passagem: *“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. [...] Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte”*.

A Constituição, segundo Sieyès deveria ser criada pelo poder constituinte, titularizado pela nação, que existe antes de tudo.

Temos, então, o Poder Constituinte derivando os demais Poderes, que são os constituídos.

Os Estados Gerais do Reino foram abertos em um hotel na cidade de Versales, tendo o 3º Estado maior número de representantes. Sendo assim, a ideia de Emmanuel Joseph Sieyès foi uma ideia que deu frutos, mas houve uma indefinição acerca do procedimento de votação: **vota-se por Estado ou por cabeça (cada membro tem um voto)?** Houve um conflito entre a burguesia (3º Estado) e os outros Estados. Nesse conflito, Luiz XVI tentou dissolver os Estados Gerais do Reino, e no dia 15 de junho de 1789 o 3º Estado instituiu uma Assembleia Nacional. No dia 09 de julho de 1789, esta Assembleia Nacional com apoio de deputados do chamado “Baixo Clero” (para mencionar alguns membros do parlamento que não tinham tanta importância política como os membros do “Alto Clero”) e deputados da pequena nobreza juntaram-se ao Terceiro Estado, e esta Assembleia se autoproclamou como Assembleia Nacional Constituinte. No dia 14 de julho houve a queda da Bastilha. No dia 04 de agosto de 1789 foram abolidos os antigos privilégios feudais, sendo decretada a igualdade tributária (todos passaram a ser iguais) – todos deveriam pagar tributos da mesma forma.

No dia 26 de agosto foi promulgada a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** da Assembleia Francesa, **que vai inaugurar a 1ª geração de Direitos Fundamentais**. Luiz XVI não aceitou sancionar estas inovações, e isso acabou por fortalecer a ideia de que a nação é a titular do Poder Constituinte, tendo uma autoridade anterior ao direito positivo e ao rei. O rei Luiz XVI foi deposto, preso e guilhotinado no dia 21 de janeiro de 1793. **Um pouco antes do rei ir para guilhotina, em 1791 foi promulgada a 1ª Constituição escrita da França (4 anos depois da Constituição Norte-americana de 1787).**

Como caiu em prova:

FAUEL, PGM PARANAÍ-PR, 2018: O abade Sieyès foi o primeiro a sistematizar a doutrina do poder constituinte, em sua obra “O que é o Terceiro Estado?”, que influenciou fortemente a Revolução Francesa. Nessa obra, a titularidade do poder constituinte passou a ser atribuída ao povo - ou à nação, como preferia o padre Sieyès - abandonando-se, desse modo, as visões que atribuíam ao monarca ou a Deus a titularidade do poder.

Certo.

2. NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE

Para parte dos autores, trata-se de **poder de fato** (KELSEN, corrente juspositivista): o Poder Constituinte é uma **força fática** (histórico) **que não tem como base norma jurídica anterior**. O Poder Constituinte é pré-jurídico. Todas as normas jurídicas são frutos do Poder Constituinte.

Para outra parte dos autores, trata-se de **poder de direito** (TOMÁS DE AQUINO, corrente jusnaturalista): O Poder Constituinte tem como base algo jurídico: o **direito natural**. O direito natural funda o Poder Constituinte. Por isso, para esta corrente, o Poder Constituinte é um Poder Jurídico, de direito.

Não há dúvida de que a Constituição integra o ordenamento jurídico. Mas e o poder constituinte, que lhe é anterior?

Segundo Daniel Sarmento, para a concepção **positivista** do poder constituinte, esse é um **poder de fato**, situado **fora do Direito**, já que **não se subordina a qualquer limite jurídico**, e não há nenhum critério normativo que permita a sua identificação. O decisionismo de Carl Schmitt compartilha esta mesma ideia, ao conceber o poder constituinte como pura força política, capaz de tomar a decisão fundamental sobre a existência da comunidade estatal.

Há, todavia, quem rejeite esta tese, sustentando a **natureza jurídica** do poder constituinte. Para esses, o poder constituinte não está fora do Direito, mas é também regulado por ele.

Argumentos:

Quem concebe o poder constituinte como um **poder de fato**, afirma que o reconhecimento da validade de uma Constituição não pode se dar por meio de critérios jurídicos. Se determinadas forças políticas editarem um ato com a pretensão de romper com o ordenamento vigente e de fundar uma nova ordem jurídica, chamando-o de Constituição, não haverá qualquer critério jurídico para aferir se houve ou não, ali, uma efetiva manifestação do poder constituinte originário. Será necessário analisar se os comportamentos adotados pela comunidade - especialmente, mas não exclusivamente, pelos seus operadores do Direito - partem ou não da aceitação daquele ato como nova Constituição. Isso, frise-se bem, independentemente da motivação de tais comportamentos, que pode ser decorrente da mera subordinação à força de quem detém o poder, do reconhecimento da legitimidade do ato fundacional, ou de qualquer outra razão. **Caso haja aceitação da nova Constituição, terá ocorrido manifestação do poder constituinte originário**. Do contrário, ter-se-á um ato ilícito — provavelmente, um ato de grave

traição —, sob a perspectiva do ordenamento que se pretendia romper, que continuará em vigor. Essa posição foi claramente sustentada por Hans Kelsen

Sob a égide da Constituição de 1988, em casos que versavam sobre possíveis violações a cláusulas pétreas pelo poder constituinte derivado, alguns Ministros teceram considerações sobre a diferença entre esse e o poder constituinte originário, qualificando o último como um poder de fato, ao contrário do primeiro, tido como poder de direito.

Nesse sentido, consignou o Ministro Cesar Peluzo, em voto proferido na **ADI n, 2.356-MC**: “A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte **ORIGINÁRIO não está sujeita a nenhuma limitação normativa de ordem material**, e muito menos, formal, porque provém do exercício de **poder fático**, cuja força soberana e vinculante, repousando no fato de se impor à obediência geral, independe de legitimação jurídica”. (ADI n. 2.356-MC, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto. Julg. 25.11.2010.)

Assim, por força dessa ADI, pode-se dizer que a corrente positivista (direito de fato) é a posição adotada no Brasil.

Na visão de Daniel Sarmento, que encabeça uma doutrina mais moderna, não há dúvida de que o poder constituinte originário é um poder **eminentemente político**, que, como já ressaltado, **não atua seguindo os procedimentos e observando os limites ditados pela ordem jurídica que o antecedeu**. Sem embargo, apesar da sua dimensão política, ele também pertence à esfera do Direito, uma vez que não é onipotente, estando sujeito a limites e condicionamentos não só sociais, como também jurídicos, atinentes ao respeito ao conteúdo mínimo dos direitos humanos e à observância de procedimento democrático na elaboração da Constituição.

Assim, tem-se que, a partir da segunda metade do século XX, com o fenômeno do **neconstitucionalismo**, ganhou força a ideia que o **fundamento do direito**, e, portanto, da Constituição e do próprio Poder Constituinte, é a **dignidade da pessoa humana**. Na nossa Constituição isso fica claro em seu artigo 1º, inciso III, quando se afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Resumindo: Embora não tenha limites jurídicos, a doutrina mais moderna reconhece que o poder constituinte originário para ser legítimo deve obedecer a padrões de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais considerados como vontade do povo.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, AGU, 2015: Diferentemente do poder constituinte derivado, que tem natureza jurídica, o poder constituinte originário constitui-se como um poder, de fato, inicial, que instaura uma nova ordem jurídica, mas que, apesar de ser ilimitado juridicamente, encontra limites nos valores que informam a sociedade.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, DPE-SE, 2012: O caráter ilimitado do poder constituinte originário deve ser entendido guardadas as devidas proporções: embora a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não se subordinasse a nenhuma ordem jurídica que lhe fosse anterior, devia observância a certos limites extrajurídicos, como valores éticos e sociais

Certo.

3. TITULARES DO PODER CONSTITUINTE

Titular do Poder: Há várias teorias: Há quem diga que é Deus, há quem diga que é o imperador ou soberano, outros dizem que é o detentor da força (monarca, ditador), outros dizem que é o Estado, há quem diga que é a nação (esta ideia é de Sieyès, onde se entra a Teoria da Soberania Nacional), há quem diga são as forças políticas dominantes, há quem diga que são as elites políticas e econômicas, e há quem diga que é o povo (onde se encontra a Teoria da Soberania Popular).

Qual foi adotada em nosso ordenamento?

A CF/88 adotou a **Teoria da Soberania Popular** no artigo 1º, parágrafo único, que reza: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

Há aqui mecanismos de democracia: **direta** ou **indireta** (neste segundo: representantes eleitos). Todo o poder emana do povo, o que leva a concluir que o Poder Constituinte emana do povo.

Como caiu em prova:

CEPSE/CEBRASPE, TJ-BA/JUIZ, 2019 (Adaptada): Como titular passivo do poder constituinte originário, o povo delega o seu exercício a representantes e, em seguida, exerce a soberania apenas de forma indireta.

Errado. De forma direta também.

Consoante explica Daniel Sarmento, na teoria constitucional contemporânea, é praticamente unânime a noção de que o **POVO** é o **titular do Poder Constituinte**. Mas a participação efetiva do povo na elaboração da Constituição é essencial para considerá-la uma constituição democrática, e não autoritária.

Titular e agente do poder constituinte é o mesmo conceito?

NÃO. Não se confundem os conceitos de titular e agente do poder constituinte. O titular do poder, como vimos, é o povo, o agente só atua com aceitação do povo. Meios de assentimento popular, como exemplo: referendo e plebiscito.

O que é povo?

Povo é um conceito eminente jurídico, diferente de nação, que possui natureza sociológica.

Seguindo a linha do professor Canotilho, o povo é uma **pluralidade de forças culturais, sociais e políticas**, como partidos políticos, grupos, igrejas, associações, personalidades decisivamente influenciadoras e formadoras de opiniões, de vontades, de correntes, de sensibilidades políticas que são fundamentais nos momentos pré-constituintes, e nos procedimentos constituintes.

Exercente do Poder Constituinte:

Exercente do Poder Eleito: há uma Assembleia Nacional Constituinte, que pode ser uma Assembleia Soberana ou uma Assembleia Não Soberana.

Exercente Não Eleito: Pode ser um ditador, líder revolucionário ou uma comissão de notáveis.

Nesse sentido, qual a diferença entre uma assembleia nacional constituinte soberana e uma não soberana?

Soberana é aquela cujos trabalhos (cujas deliberações) não estão limitados (as) nem por um plebiscito anterior a sua realização e nem por um referendo posterior. É aquela que não tem limites na vontade do titular do poder manifestada seja por um plebiscito ou por um referendo. A vontade do titular do poder pode limitar no bojo do seu funcionamento, das deliberações cotidianas, mas não há limitação antes da Assembleia (plebiscito) e nem por referendo.

Não soberana é aquela que tem uma limitação por um plebiscito ou referendo.

Resumindo: o poder constituinte pode ocorrer de duas formas:

Direta: o povo diretamente, sem qualquer intermediário elabora a própria constituição.

Indireto: representantes do povo irão elaborar a constituição em seu nome, por meio de um órgão chamado Assembleia Nacional Constituinte.

Como caiu em prova:

CEPSE/CEBRASPE, PGE AL, 2021 (Adaptada): A Constituição Federal de 1988 é oriunda de procedimento de poder constituinte indireto.

Certo.

4. EXERCÍCIO DO PODER

O titular do poder constituinte, como vimos, é o **povo**, pois só este tem legitimidade para determinar quando e como deve ser elaborada a nova constituição, ou modificada a já existente.

Existem duas formas de exercício do poder constituinte:

- 1) **AUTOCRÁTICO (poder constituinte usurpado)**: caracteriza-se pela **outorga**. É ato unilateral do governante, que autolimita o seu poder e impõe as normas constitucionais ao povo.
- 2) **DEMOCRÁTICO (poder constituinte legítimo)**: ocorre pela **assembleia nacional constituinte ou convenção**. O povo escolhe seus representantes (democracia representativa), que formam o órgão constituinte, incumbido de elaborar a constituição do tipo **promulgada**.

Como caiu em prova:

TRF 3/JUIZ FEDERAL (BANCA PRÓPRIA), 2016: Sob o aspecto democrático, a titularidade do Poder Constituinte é do Estado, mas é o povo que o exerce

Errado.

CUIDADO! O titular sempre será o povo, independente se é autocrático ou democrático o exercício do poder constituinte.

IMPORTANTE! Seja qual for a forma de exercício do poder constituinte – legítima ou mediante usurpação – um ponto deve ficar claro: **sempre que houver ruptura da ordem constitucional estabelecida, e sua substituição por outra, ocorre manifestação do poder constituinte, ou seja, a nova constituição será sempre obra do poder constituinte, mesmo que imposta mediante exercício ilegítimo desse poder.**

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, ANTT, 2013: A soberania popular consiste essencialmente no poder constituinte do povo.

Certo.

Aprofundando: o que é hiato constitucional?

Segundo Pedro Lenza, “o hiato constitucional, também chamado de **revolução**, verifica-se quando há um **choque** (ou “divórcio”) entre o **conteúdo da Constituição política** (uma das formas do direito legislado) e a **realidade social ou sociedade**. De acordo com o que define, a dinâmica constitucional (Garcia Pelayo) pode ser caracterizada como “[...] a constante tentativa de adaptar o texto político às novas realidades- valores sociais, o que, quando inexistente, dará margem a Hiato Constitucional ou, se desejarem, Revolução [...]”.

Tomando por base essa ideia, qual seja, que o hiato constitucional caracteriza verdadeira **lacuna**, **intervalo**, **interrupção de continuidade**, entendemos que vários fenômenos poderão ser verificados, destacando-se:

- Convocação da Assembleia Nacional Constituinte e elaboração de nova Constituição;
- Mutação constitucional;
- Reforma constitucional;
- Hiato autoritário.

Portanto, a partir da **quebra do processo constitucional**, vale dizer, diante da **não correspondência entre o texto posto e a realidade social**, poderá surgir espaço para o denominado “**momento constituinte**” **democrático** e, assim, diante da manifestação do poder constituinte originário, a elaboração de novo documento que encontre legitimidade social.

5. ESPÉCIES

Podem ser: **originário, derivado, supranacional** ou **difuso**.

Poder constituinte originário:

É o poder de **elaborar** uma constituição.

Podemos identificar dois momentos de atuação do poder constituinte originário, que se sucedem: um momento material e um momento formal. Num primeiro momento temos o poder constituinte **material**, que é a decisão política de criação de um novo estado. Posteriormente temos o poder constituinte **formal** que é responsável pela elaboração da constituição em si, momento em que se dá juridicidade e forma a ideia de Direito.

O poder constituinte pode se manifestar na criação de um novo estado (**poder constituinte histórico**), ou na refundação de um estado, com a substituição de uma constituição por outra (**poder constituinte revolucionário**).

Tem a natureza jurídica de poder de fato, poder político, pois representa uma energia ou força social, falando-se, assim, em natureza pré-jurídica, uma vez que a ordem jurídica começa com o poder constituinte originário e não antes dele. A sua manifestação ocorre em um momento de ruptura da sociedade, quando uma nova ordem constitucional precisa ser escrita.

Essa ruptura pode ser:

- 1) **revolução**, que pressupõe o uso da força, que se legitima pelas injustiças da ordem anterior, é a tomada do poder por quem não está no poder;
- 2) **golpe de Estado**, que é a tomada de poder por quem já está em exercício de uma parcela de poder;
- 3) **transição constitucional**, que ocorre quando uma colônia tem a sua independência preparada pelo colonizador, foi o que ocorreu no Brasil, com a ruptura do regime ditatorial para um regime democrático, por um amadurecimento político houve o surgimento de uma nova constituição.

Características do poder constituinte originário:

- a) **Poder essencialmente POLÍTICO, extrajurídico:** pois faz nascer a ordem jurídica, isto é, a ordem jurídica começa com ele, e não antes dele.

b) **INICIAL:** sua obra é a base da ordem jurídica, pois cria um novo estado, rompendo completamente com a ordem anterior.

c) **ILIMITADO e AUTÔNOMO (aspecto jurídico):** não tem que respeitar limites estabelecidos pelo direito anterior.

Parte da doutrina entende que, NÃO havendo manifestação expressa do Poder Constituinte Originário desconstituindo atos jurídicos perfeitos, coisa julgada e direito adquirindo, presume-se o respeito a eles. Isso porque é certo que, conceitualmente, numa visão positivista, NÃO há limites para o Poder Originário, mas as relações humanas não são ditadas apenas por normas jurídicas. Assim, a assembleia nacional constituinte tem limites metajurídicos (sociologia, história, cultura), que estão fora do direito, mas presentes nas relações sociais estabelecidas e reconhecidas historicamente.

Jorge Miranda classifica essas limitações (há outras tantas propostas) em:

1) **Ideológicas** – baseadas na opinião pública, no pensamento predominante;

2) **Institucionais** – ligadas a instituições arraigadas na sociedade;

3) **Substanciais** – divididas em 03 grupos: a) Transcendentes: valores éticos superiores, uma consciência ética coletiva, direitos fundamentais ligados à dignidade do homem, isso está fora do direito positivo; b) Imanentes: dizem respeito à história do Estado; c) Heterônomas: dizem respeito ao direito internacional, nenhum Estado pode mais tentar ser isolado dos problemas do planeta, já que muitos são comuns de todos os estados.

OBS: Para a CORRENTE JUSNATURALISTA, há outros motivos que limitam o poder constituinte originário, não sendo o mesmo considerado incondicionado ou ilimitado.

Aprofundando:

A partir da ideia de Poder Constituinte Originário Ilimitado, surgem indagações do que fazer em relação à ordem jurídica anterior. É o chamado direito intertemporal *latu sensu*, que é o estudo da relação do direito com o passado, presente e futuro.

Em relação a ordem jurídica anterior, tem-se:

A) RECEPÇÃO: A norma **infraconstitucional** que NÃO contraria a nova ordem será **recepcionada** pela nova ordem Constitucional, inclusive com “nova roupagem”, a exemplo do CTN que foi recepcionado pela CF de 1988 como “lei complementar”.

A recepção ou não de uma norma anterior a CF/88 pode ser objeto de **controle difuso** ou **concentrado via ADPF**, não sendo cabível o uso das outras ações constitucionais do controle abstrato.

Para que uma lei seja recepcionada, exige-se:

- Que **esteja em vigor quando do advento da nova constituição**;
- Que **NÃO tenha sido declarada inconstitucional durante a vigência do ordenamento anterior**;
- Que tenha compatibilidade **FORMAL** e **MATERIAL** perante a **Constituição sob cuja regência** fora editada;
- Que tenha compatibilidade **MATERIAL** com a **NOVA constituição**.

É possível RECEPÇÃO PARCIAL de norma anterior, ou seja, de somente um artigo etc.

Na jurisprudência, recentemente, em controle difuso de recepção de regulamento da Forças Armadas que limitava a 30 anos de idade o ingresso nas mesmas, o STF, no RE 600.885 DE 2011, admitiu modulação dos efeitos da decisão em fenômeno de não recepção, em nome da segurança jurídica.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PGE-PI, 2008 (Adaptada): De acordo com Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2001, p. 511), o ato que consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e aos atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo, é denominado recepção.

Certo.

B) PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DIREITO ADQUIRIDO:

Tecnicamente, o PC Originário pode ter uma **retroatividade**:

- **MÁXIMA** (ataca fato consumado);
- **MÉDIA** (atinge efeitos pendentes de atos jurídicos, a exemplo de prestações vencidas, mas não adimplidas);
- **MÍNIMA** (aplica-se a fato que venha a acontecer APÓS sua promulgação, ainda que referente a negócio passado).

O STF decidiu que, não obstante o Poder Constituinte Originário seja ilimitado e incondicionado juridicamente, caso “deseje” ter retroatividade média ou máxima, deverá fazê-lo **expressamente**. Assim, NÃO havendo manifestação expressa, depreende-se que o Poder Constituinte Originário detém, ao menos, uma RETROATIVIDADE MÍNIMA, em regra.

Ex: Para o STF, o art. 7, inc. IV, que, ao vedar a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, significou que a nova regra deverá valer para fatos e prestações futuras de negócios celebrados antes de sua vigência (prestações periódicas). RE 140.499/GO, 1994.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, MPE-PI, 2019 (Adaptada): De acordo com a doutrina, norma constitucional superveniente editada pelo poder constituinte originário sem qualquer ressalva tem eficácia retroativa mínima.

Certo.

CESPE/CEBRASPE, PROCURADOR DO BACEN, 2009: De acordo com entendimento do STF, as normas constitucionais provenientes da manifestação do poder constituinte originário têm, via de regra, retroatividade máxima.

Errado.

IMPORTANTE! Adverte-se que **somente as normas constitucionais federais** é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Em relação as normas constitucionais estaduais, porém, não se aplica o mesmo entendimento, pois estão sujeitas à vedação do art. 5º, inc. XXXVI, da CF (AI 258337 AgR/MG).

Em resumo, as Constituições Estaduais sujeitam-se integralmente a vedação do artigo 5º, XXXVI da CF (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada), vale dizer, **não podem retroagir** (admitidas certas exceções).

Da mesma forma, a **retroatividade mínima não alcança as normas infraconstitucionais** (leis e atos normativos em geral). Estas também se submetem as regras da irretroatividade, como regra.

C) REPRISTINAÇÃO:

Vejamos a situação: uma norma produzida na vigência da CF/46 não é recepcionada pela de 1967, pois incompatível com ela. Promulgada a CF/88, verifica-se que aquela lei, produzida na vigência da CF/46 (que fora revogada - não recepcionada - pela de 1967), em tese poderia ser recepcionada pela CF/88, visto que totalmente compatível com ela. Nessa situação, poderia aquela lei, produzida durante a CF/46, voltar a produzir efeitos? Ou seja, repristinaria?

Como regra geral, o Brasil adotou a IMPOSSIBILIDADE do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica expressamente assim se pronunciar.

D) DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO:

Como regra, a Constituição pretérita será integralmente revogada pela nova Constituição, independentemente da compatibilidade entre os seus dispositivos. Contudo, pela teoria da desconstitucionalização, defende-se o fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o status de lei infraconstitucional. Em regra, o Brasil NÃO admite o fenômeno da desconstitucionalização, como regra. No entanto, ensina Pedro Lenza que, poderá ser percebido esse instituto quando a nova Constituição, **expressamente**, assim o requerer, tendo em vista ser o poder constituinte originário ilimitado e autônomo do ponto de vista jurídico. Assim, a Constituição pode prever a desconstitucionalização, desde que o faça de maneira **inequívoca** e **expressa**.

CESPE/CEBRASPE, DPE-AL, 2017 (Adaptada): Desconstitucionalização de norma constitucional anterior, ainda que não haja previsão expressa sobre o assunto na nova Constituição.

Errado.

d) **INCONDICIONADO:** não está sujeito a qualquer forma pré-fixada para manifestar sua vontade, não está obrigado a seguir qualquer procedimento para realizar sua obra.

e) **PERMANENTE:** não se esgota no momento do seu exercício.

IMPORTANTE! Não é passível de controle de constitucionalidade uma vez que não se encontra sujeito a quaisquer limites impostos pela ordem jurídica interna, tampouco a limitações de ordem suprapositiva, advindas do direito natural, ou a quaisquer outras.

Em outras palavras, não há inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias.

Poder constituinte derivado:

É o poder de **modificar** a constituição federal e, também, de **elaborar as constituições estaduais**.

É um poder criado pelo poder constituinte originário. É exercido por um órgão constitucional, conhece limitações expressas e implícitas e, por isso, **é passível de controle de constitucionalidade**.

Tem como características:

- a) É um poder **JURÍDICO**: está previsto e regulado na CF.
- b) **DERIVADO**: é instituído pelo poder originário.
- c) **SUBORDINADO**: encontra limitações constitucionais expressas e implícitas, não podendo desrespeitá-las, sob pena de inconstitucionalidade.
- d) **CONDICIONADO**: sua atuação deve observar fielmente as regras predeterminadas pelo texto constitucional.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, MDS, 2008: O poder constituinte decorrente subordina-se às limitações que o órgão investido de funções constituintes primárias ou originárias estabeleceu no texto da CF.

Certo.

O poder constituinte derivado subdivide-se em:

Poder constituinte derivado REFORMADOR: é o poder de modificar a CF de 88 desde que observadas as regras e limitações impostas pelo poder constituinte originário (limitações circunstanciais, materiais e processuais ou formais).

Poder constituinte derivado DECORRENTE: é o poder que a CF de 88 atribui aos Estados-membros para se auto-organizarem, por meio de elaboração de suas próprias constituições, desde que observadas as regras e limitações impostas pela CF.

Obs.: A Lei orgânica do DF é equiparada a constituições estaduais.

Os Municípios também detêm a expressão do poder constituinte derivado decorrente?

NÃO. Prevalece na doutrina que a expressão do poder constituinte derivado decorrente é dada apenas aos Estados e DF, não incluindo os municípios. Os municípios, embora dotados de autonomia política, administrativa e financeira, com competência para elaborar sua própria **Lei Orgânica**, **NÃO dispõem de poder constituinte derivado decorrente**.

Resumindo; O poder constituinte derivado decorrente é aquele atribuído aos **ESTADOS** membros e ao **DF** para a elaboração de suas Constituições e Lei orgânica. **Esse poder, porém, NÃO FOI ESTENDIDO AOS MUNICÍPIOS.**

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, MPE/SE, 2010: É expressamente previsto na CF que os Poderes Legislativos dos estados, do DF e dos municípios devem elaborar suas constituições e leis orgânicas mediante manifestação do poder constituinte derivado decorrente.

Errado.

Esquema sobre as espécies de poder constituinte derivado:

<p>PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR</p>	<p>É o poder capaz de modificar a Constituição por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário. Sua natureza jurídica é de fato “jurídica”, uma vez que estabelecida pelo originário.</p> <p>Manifesta-se por meio de Emenda à Constituição, que exige, por sua vez, quórum de 3/5 em cada Casa, em dois turnos¹.</p> <p>Limites expressos:</p> <p>a. TEMPORAL: Estabelece-se um período durante o qual o texto constitucional não pode ser modificado. Não existe na CF 88. Pode mudar a CF sem limite de tempo. A CF de 1824 possuía tal limite.</p> <p>b. CIRCUNSTANCIAL: Não se pode emendar enquanto houver intervenção federal, estado de sítio ou defesa. <i>Pode haver até discussão, mas NÃO votação de emendas.</i></p>
--	---

¹ CF, Art. 60, (...), § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

c. **MATERIAL:** As cláusulas pétreas explícitas do art. 60, §4º (*forma federativa de Estado/ separação dos Poderes/ voto direto, secreto, universal e periódico/ direitos e garantias individuais*) e implícitas (*anterioridade tributária*) **NÃO podem ser abolidas.**

Voto obrigatório NÃO é cláusula pétrea.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, DPE-RS, 2022: As limitações ao poder de reforma constitucional incluem as temporais, como as que vedam emendas durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio; as formais, as quais estabelecem obstáculos procedimentais; e as materiais, que definem núcleos essenciais inacessíveis ao poder constituinte derivado.

Errado.

E os direitos sociais e coletivos?

A depender da interpretação, se literal ou teleológica-sistêmica, pode-se NÃO os considerar enquanto cláusulas pétreas ou considerá-los. STF ainda não se manifestou especificadamente sobre este ponto, mas é sabido que a Corte admite existência de cláusulas pétreas implícitas.

Também, a depender da interpretação, todo o rol de direitos fundamentais do art. 5º é tido como cláusula pétrea (privilegiando-se o aspecto formal) OU pode-se entender pela análise do aspecto material do direito a fim de se identificar se ele é ou não cláusula pétrea, independente de constar do art. 5º.

A República e o Presidencialismo são cláusulas pétreas?

Em 1993, houve a manifestação do PC revisor e questionamentos sobre os limites de tal Poder. Fato é que o Congresso editara uma resolução (1-RCF) e, nas diretrizes desta, optou que tal revisão NÃO poderia abolir as ditas cláusulas pétreas, bem como fora INADMITIDA apresentação de

proposta revisional que contrariasse a forma republicana e o sistema presidencialista.

Ademais, para o STF, a República é uma **cláusula pétrea implícita**, porque relacionada à **forma federativa de Estado** e mesmo ao **voto periódico**.

Quanto ao presidencialismo, há quem defenda ser cláusula pétrea, até mesmo pelas diretrizes da resolução do Congresso na revisão de 1993 e há quem defenda que não, por não estar abrangido pelo rol do art. 60.

É admitida teoria da dupla revisão no Brasil?

STF não admite a teoria da dupla revisão.

Mas em que consiste essa teoria?

Alguns constitucionalistas defendem uma tese de que uma cláusula pétrea poderia ser suprimida mediante a aprovação de duas emendas constitucionais (constituindo o mecanismo da “dupla revisão”).

Assim, seria possível que uma emenda constitucional retirasse aquele dispositivo do rol das cláusulas pétreas. A partir desse momento, aquele tema poderia ser suprimido por nova emenda constitucional.

Em resumo, essa teoria diz que se pode primeiro fazer uma EC para abolir o texto da constituição que arrola as cláusulas pétreas e, depois, fazer outra EC modificando o que cláusula pétrea anterior protegia.

As limitações materiais **expressas** ou **explícitas** estão previstas no § 4º do art. 60 da Constituição, e são as chamadas “cláusulas pétreas expressas”. Ou seja, temas importantes da nossa República que não podem ser abolidos por emenda.

As limitações materiais **implícitas** ou **tácitas** são aquelas que impedem a alteração da titularidade do poder constituinte originário, a alteração da titularidade do poder constituinte derivado e alterações ao procedimento estabelecido na Constituição para a modificação do seu texto. Como o

nome já enuncia, elas não decorrem de norma expressa da Constituição, mas sim de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

É por meio do reconhecimento das limitações materiais implícitas que se chega a conclusão de ser inadmissível no Brasil a dupla revisão.

Como caiu em prova:

TRT16 (BANCA PRÓPRIA)/JUIZ, 2015: A ampla maioria da doutrina constitucional brasileira não adere à teoria da dupla revisão ou dupla reforma constitucional.

Certo.

Em que consiste a teoria do paradoxo da onipotência?

“O paradoxo da onipotência. Mesmo o constituinte originário não pode ditar normas jurídicas inalteráveis ao arbítrio de si próprio. Por outras palavras, se o poder constituinte é considerado juridicamente ilimitado (onipotente), uma disposição constitucional feita por ele poderia regular qualquer aspecto jurídico, no âmbito do sistema jurídico a que lhe correspondesse, incluindo ela mesma. Mas se assim fosse, o constituinte originário poderia tornar alguma parte da constituição imodificável até por ele próprio? A resposta é logicamente negativa. Por isso, ainda que rejeitada a ideia de que ele esteja vinculado ao direito natural, é de se desmistificar a tese segundo a qual o constituinte originário não se sujeita a limites jurídicos.” (Juliano Taveira e Olavo Ferreira – Sinopse de Direito Constitucional).

Pode iniciativa popular de EC?

Pela literalidade da CF, não. A Constituição até permite iniciativa popular para projetos de lei federal (CF, art. 61, § 2º), e prevê essa possibilidade no âmbito estadual (CF, art. 27, § 4º) e municipal (CF, art. 29, XIII).

Entretanto, não há previsão para iniciativa popular no caso de emendas à Constituição (CF, art. 60, caput).

Assim, embora exista doutrina que, numa interpretação ampliada, defende essa possibilidade, em prova objetiva é melhor seguir pela impossibilidade de iniciativa popular para emenda.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, TRF5/JUIZ, 2009: A CF admite emenda constitucional por meio de iniciativa popular.

Errado.

Limites implícitos: Impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e titular do poder constituinte derivado reformador. Redução de cláusula pétrea. Modificação do processo de emendas futuras, facilitando ou dificultando os processos de emenda. O STF admite limites implícitos ao poder de reforma.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PC-AL, 2012: Para a doutrina constitucional majoritária, não existem limites implícitos ao poder constituinte derivado reformador. É possível, assim, adotar a teoria da dupla revisão.

Errado.

TRT16 (BANCA PRÓPRIA)/JUIZ, 2015: No âmbito do poder de reforma, os limites implícitos exercem a mesma autoridade daqueles explicitados na Constituição, uma vez que eles também se voltam ao asseguramento da identidade constitucional.

Certo.

É o Poder dos ESTADOS MEMBROS e DISTRITO FEDERAL editarem, respectivamente, sua Constituição Estadual e Lei orgânica, uma vez possuem o poder de **auto-organização, autogoverno** e

**PODER
CONSTITUINTE
DERIVADO
DECORRENTE**

autoadministração. Assim como o derivado reformador, fora criado pelo originário e nele encontra seus limites jurídicos.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, STJ, 2008: O poder constituinte derivado decorrente consiste na possibilidade que os estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se autoorganizarem por meio das respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras estabelecidas pela CF.

Certo.

Espécies:

Poder derivado decorrente inicial: Capacidade de o Estado e DF editarem sua Constituição Estadual e Lei orgânica respectivamente.

Poder derivado decorrente de revisão estadual/2º grau: Capacidade de o Estado e DF modificarem o texto de sua Constituição ou Lei orgânica dentro dos limites ali estabelecidos.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PGE PB, 2021 (Adaptada): No Brasil, quando um estado-membro modifica o texto de sua Constituição estadual, implementando as reformas realizadas nos limites impostos na própria constituição estadual e na Constituição Federal, está-se diante do poder constituinte derivado decorrente de revisão estadual.

Certo.

Há limites ao PC derivado decorrente? SIM. Devem respeitar os princípios constitucionais SENSÍVEIS (art. 34, VII, a-e), EXTENSÍVEIS (relacionados à estrutura da federação, a exemplo de forma de investidura de cargos eletivos, processo legislativo do art. 59, orçamentos e preceitos da Adm. Pub.) e ESTABELECIDOS (ditos organizatórios, a exemplo da repartição de competência, organização de poderes, direitos políticos, sociais, ordem econômica).

	<p>OBS: Município NÃO tem PC derivado decorrente, isto porque, quando da edição de sua lei orgânica, deve respeitar tanto a Constituição Estadual respectiva e a Constituição Federal, falando-se em “poder de terceiro grau”. Por isso, ato local questionado em face de lei orgânica municipal enseja CONTROLE DE LEGALIDADE e não de constitucionalidade.</p> <p>OBS: Territórios Federais NÃO têm PC derivado decorrente, já que se tratam de mera descentralização administrativa da União.</p>
<p>PODER CONSTITUINTE DERIVADO REVISOR</p>	<p>É o poder que fora inserido no art. 3 do ADCT pelo poder constituinte originário, portanto limitado e condicionado, e que determinou a revisão constitucional a ser realizada após 05 anos, contados da promulgação da CF de 1988, pelo voto da MAIORIA ABSOLUTA dos membros do Congresso Nacional, em sessão UNICAMERAL.</p> <p>Portanto, inseriu-se um particular procedimento simplificado de alteração da CF, uma vez que excepcionou a regra dos 3/5 em duas Casas para fins de Emenda Constitucional.</p> <p>Na resolução do Congresso que determinou tal revisão à época, foram determinadas diversas diretrizes, dentre as quais se destaca o respeito às cláusulas pétreas do art. 60, §4º, vedando-se, inclusive, proposta de revisão que abolisse a forma republicana e o sistema presidencialista.</p> <p>O STF entende que não é mais possível nova manifestação do Poder Constituinte Derivado revisor, uma vez que se trata de sua eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada.</p> <p>Como caiu em prova:</p> <p>CESPE/CEBRASPE, TCE-ES, 2009: A CF pode ser alterada, a qualquer momento, por intermédio do chamado poder constituinte derivado reformador e também pelo derivado revisor.</p> <p style="text-align: right;">Errado.</p> <p>CESPE/CEBRASPE, MPE-SE, 2010: A revisão constitucional prevista no ADCT da CF, que foi realizada pelo voto da maioria simples dos membros</p>

do Congresso Nacional, gerou seis emendas constitucionais de revisão que detêm o status de normas constitucionais originárias.

Errado.

Poder constituinte difuso:

É o poder de fato que atua na etapa da **mutação constitucional**, meio **informal** de alteração da constituição. Altera o **conteúdo**, **alcance** e o **sentido** das normas constitucionais **sem a modificação do texto**.

É chamado de **difuso** porque **não vem formalizado** (positivado) no texto da constituição. É um **poder de fato** porque nascido do fato social, político e econômico. É **informal** porque se manifesta por meio das mutações constitucionais, modificando o sentido das constituições, mas sem nenhuma alteração do texto expresso.

Mas, o que é mutação constitucional?

A mutação constitucional é o fenômeno que se verifica nas Constituições ao serem modificadas de forma silenciosa, contínua, **sem alteração textual**. É isso mesmo, trata-se de um **processo informal e espontâneo de alteração da interpretação constitucional**, em que se muda o conteúdo de determinado dispositivo, sem mudança no teor da norma.

IMPORTANTE! Cumpre esclarecer, porém, que a mutação constitucional **não é irrestrita**, uma vez que ela deve **respeitar certos limites**, como os princípios estruturantes do Estado, as cláusulas pétreas e a impossibilidade de subverter-se a literalidade de norma que não dê margem a interpretações diversas.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, DPE-RS, 2022: As mutações constitucionais são consideradas expressão do poder constituinte difuso e, por ausência de mecanismos de controle, não estão submetidas às limitações materiais do texto constitucional.

Errado.

Poder constituinte supranacional (Daniel Sarmento):

É o poder de fato encarregado de fazer e reformular as **constituições transnacionais, supranacionais ou globais**. **Ex.:** A União Europeia tem analisado a viabilidade de uma constituição transnacional (vários Estados soberanos).

Muitos autores sustentam a ideia de um constitucionalismo localizado fora do Estado, ligada a acontecimentos como o fortalecimento da **proteção internacional dos direitos humanos** e a corrosão da soberania dos Estados nacionais.

Sobre o tema, há exagero em atribuir natureza constitucional a determinadas normas não estatais, como a Carta da Organização das Nações Unidas/ONU. Porém, o cenário muda quando se trata da União Europeia/UE, pois possui poderes legislativo, executivo e judiciário. As normas que lá são editadas possuem aplicabilidade imediata aos Estados que a constituem, ademais, possui hierarquia superior às normas internas daqueles Estados.

Em que pese essas características, a UE ainda não possui uma constituição formal, e não se pode, ainda, falar em povo europeu. Esse constitucionalismo europeu não decorreu de nada que possa ser equiparado ao exercício do poder constituinte. Um aspecto importante dessa ótica prescritiva, é o fato de não ter havido participação popular; sob o viés descritivo, não há impedimento enxergar essa constitucionalização comunitária.

Há, portanto, um processo de constitucionalização do Direito Comunitário Europeu. Todavia, não se pode, até o momento, falar na existência de um verdadeiro Poder Constituinte Europeu, sobretudo no sentido democrático.



[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 ADMINISTRAÇÃO 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	55
6.2 Fundações Públicas.....	58
6.3 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista	64
6.3.1 Estatuto das Empresas Estatais exploradoras de atividades econômicas	69
6.3.2 Prestação de serviço público mediante outorga legal (“descentralização de serviços”)	71
6.3.3 Benefícios fiscais	71
6.3.4 Imunidade tributária.....	71
6.3.5 Atos e contratos.....	74
6.3.6 Licitação	74
6.3.7 Responsabilidade civil.....	74
6.3.8 Falência	75
6.3.9 Pessoal	75
6.3.10 Dirigentes.....	78
6.3.11 Bens	78
6.3.12 Quadro com principais diferenças e semelhanças entre as EP e SEM prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas	79
6.3.13 Aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista	81

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Revisado até 14.03.2022

Base do resumo:

Dizer o Direito¹

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 válidos 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. 1º²**, só atribui tal a quem tem personalidade, portanto capacidade de direito.

Excepcionalmente o órgão, pelo menos na literalidade do **art. 37, § 8º³** da **CF**, poderá realizar contratos. Em tal dispositivo temos menção aos órgãos e as entidades da Administração Direta e Indireta, que **poderão realizar contratos que terão como objeto a autonomia gerencial**. Tais contratos são conhecidos como **contratos de gestão**.

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;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

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. 51⁴ 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 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.

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.

§ 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, § 8º 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 apresenta 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, § 8º, 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, § 8º, 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 UNIPESOAIS:** 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 PLURIPESOAIS:** 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 advocatária** (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 Deus⁵ 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. 4º 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. (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 lei**. 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/controlado 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 ressaltar 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 ADMINISTRAÇÃO 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 consubstancia 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 Região que afastou a obrigação de prestação de contas ao TCU, por parte da OAB, em face das finalidades institucionais peculiares deste órgão.

⁷ STF. MS 28469 AgR-segundo, Rel. Min. Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 19/02/2013.

Dizer o Direito⁸:

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;
- empresas públicas prestadoras de serviço público (ex: Correios);

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

- sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial.

Contratação de empregados de conselhos profissionais pela CLT é constitucional⁹:

O art. 58, § 3º da Lei nº 9.649/98 prevê o seguinte:

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

Essa previsão é constitucional.

Os **Conselhos Profissionais**, enquanto **autarquias corporativas criadas por lei** com **outorga para o exercício de atividade típica do Estado**, tem **maior grau de autonomia administrativa e financeira**, constituindo **espécie sui generis de pessoa jurídica de direito público não estatal**, a qual **NÃO se aplica a obrigatoriedade do regime jurídico único preconizado pelo art. 39 da CF/88** (regime jurídico único).

Em razão da natureza peculiar dos Conselhos Profissionais, permite-se o afastamento de algumas das regras ordinárias impostas às pessoas jurídicas de direito público.

STF. Plenário. ADC 36, Rel. Cármen Lúcia, Rel. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, julgado em 08.09.2020.

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.

⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Contratação de empregados de conselhos profissionais pela CLT é constitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dc116c922217ede2210c57237bd1c1ee>>. Acesso em: 27/05/2021

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 público¹⁰.

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?¹¹

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.

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).

¹⁰ 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

¹¹ 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

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, orçamentária 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**¹².

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:

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.

¹² 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.

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**, passíveis de controle judicial de legalidade mediante mandado de segurança.

Juízo competente:

As **autarquias federais**, nos **litígios comuns**, sendo autoras, réis, assistentes ou oponentes, 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.

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.

Como caiu em prova:

FUNDATEC, PGE-RS, 2021 (Adaptada): São autarquias especiais caracterizadas pela tutela, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura derivada de seus dirigentes, que contam com estabilidade durante os mandatos.

Errado. Ausência de tutela.

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.

Autonomia administrativa:

Art. 3º, § 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

Como caiu em prova:

FUNDATEC, PGE-RS, 2021 (Adaptada): Um dos itens que caracteriza a independência das agências reguladoras federais é a possibilidade de conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência.

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 Oliveira¹³

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.

Proporcionalidade e razoabilidade de suas medidas:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a **devida adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Motivação das decisões:

¹³ OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5.ed., Editora Método, 2017.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da **edição ou não de atos normativos**.

Colegialidade das decisões:

Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado.

§ 1º O conselho diretor ou a diretoria colegiada da agência reguladora deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, entre eles o diretor-presidente, o diretor-geral ou o presidente, conforme definido no regimento interno.

§ 2º É facultado à agência reguladora adotar processo de delegação interna de decisão, sendo assegurado ao conselho diretor ou à diretoria colegiada o direito de reexame das decisões delegadas.

Consulta pública:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Como caiu em prova:

CESPE/CEBRASPE, PGE MS, 2021 (Adaptada): Muito embora cada setor regulado conte com suas peculiaridades, a Lei n.º 13.848/2019 surgiu como instrumento uniformizador da forma e dos instrumentos de atuação dos agentes reguladores, consagrando elevada autonomia decisória desses agentes frente à administração direta. Nesse sentido, à luz da Lei n.º 13.848/2019, assinale a opção correta com referência à autonomia e transparência das agências reguladoras.

Quando uma agência pública submeter a consulta pública minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços, competirá ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os respectivos impactos regulatórios.

Certo.

Audiência pública:

Art. 10. A agência reguladora, por **decisão colegiada**, poderá convocar **audiência pública** para **formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante**.

§ 1º A **audiência pública** é o **instrumento de apoio à tomada de decisão** por meio do qual é **FACULTADA** a **manifestação oral** por quaisquer interessados em sessão pública **previamente destinada a debater matéria relevante**.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

- I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;
 - II - para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.
- § 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Agências reguladoras e a deslegalização:¹⁴

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**.

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.

¹⁴ OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5.ed., Editora Método, 2017.

Outra polêmica doutrinária existe em relação ao conflito entre **regulamentos presidenciais** e os **atos normativos das agências reguladoras**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende 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 presidenciais.

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 específica.

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.

Sobre o tema, O STF definiu a seguinte tese:

A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime **público** ou **privado** depende:

- do **estatuto de sua criação ou autorização** e
- 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**.

STF. Plenário. RE 716378/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º e 7.8.2019 (repercussão geral) (Info 946).

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 ¹⁵	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)

¹⁵ Aqui devemos ter em mente tudo o que foi abordado quanto ao regime de pessoal nas autarquias.

É constitucional legislação estadual que determina que o regime jurídico celetista incide sobre as relações de trabalho estabelecidas no âmbito de fundações públicas, como personalidade jurídica de direito privado, destinadas à prestação de serviços de saúde:

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado – artigo 103, § 3º, da Constituição Federal. FUNDAÇÃO – NATUREZA. **A fundação, pouco importando a espécie de serviços a serem prestados, é pessoa jurídica de direito privado**, sendo possível a criação mediante lei ordinária e a regência, pela **Consolidação das Leis do Trabalho**, da relação jurídica mantida com os prestadores de serviços (STF. Plenário. ADI 4247/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 3.11.2020).

Características comuns:

Fundação Estatal de Direito Público	Fundação Estatal Direito Privado
A responsabilidade civil será objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º, CF	A responsabilidade civil será objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º, 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)**.

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.

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 ressaltar, 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 Deus¹⁶

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:

§ 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;

¹⁶ ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

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 Direito¹⁷

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

¹⁷ 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

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

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, 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.

Enunciado 13 do CJF e o acesso à informação:

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.

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 públicas 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 Dirigentes

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 **inconstitucional** tanto para as exploradoras de atividades econômicas quanto para as prestadoras de serviços públicos.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI 2167, em 03.06.2020, 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 derogada 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 oponentes, 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 oponente.

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)**.

Como caiu em prova:

FUNDATEC, PGE-RS, 2021 (Adaptada): Compete à justiça comum julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Certo.