

ERRATA

SINOPSES PARA CONCURSOS - V.44 - DIREITO URBANÍSTICO (2023)

Fábio Goldfinger , Ronaldo Vieira Francisco

8ª edição

Texto incluído: aparece em fonte vermelha.

Exclusão ou substituição de texto: aparecem tachados.

Omissis – (...): indica que há texto sequencial que não foi alterado.

Texto em fonte azul: texto existente na edição anterior.

Pág. 47

~~Segundo decisões do STF, não é possível a delegação do poder de polícia à sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido o STF: "(...) 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime." (STF-ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003). Contudo, é bom esclarecer que a matéria é objeto de controvérsia no STF, razão pela qual foi reconhecida a repercussão geral na Corte e será objeto de apreciação pelos demais Ministros da Corte: "STF - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. (ARE 662186RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 12/09/2012 PUBLIC 13/09/2012)".~~

Na ADI 1717, o STF decidiu o seguinte:

Segundo decisões do STF, não é possível a delegação do poder de polícia à sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido o STF: "(...) 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime." (STF-ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003). Contudo, é bom esclarecer que a matéria é objeto de controvérsia no STF, razão pela qual foi reconhecida a repercussão geral na Corte e será objeto de apreciação pelos demais Ministros da Corte: "STF - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. (ARE 662186RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 12/09/2012. PUBLIC 13/09/2012)"

Por sua vez, no Tema 532, o STF fixou a seguinte tese:

“É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial”

(Plenário. RE 633782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2020) (Repercussão Geral – Tema 532) (Info 996 disponibilizado no site dizer o direito). Ref. Leading Case: RE 633782.

É preciso situar o tema.

O poder de polícia tem por fundamento a supremacia do interesse público, consubstanciando-se na prerrogativa de se restringir a liberdade ou a propriedade dos particulares em prol do interesse público. Seu exercício compreende algumas fases, conhecidas por "ciclos do poder de polícia", que se consubstanciam nestas a seguir: (1) ORDEM; (2) CONSENTIMENTO; (3) FISCALIZAÇÃO e, por fim, (4) SANÇÃO.

Em decisão constante do informativo 996, o STF passou a reconhecer a possibilidade da delegação para a última fase do poder de polícia, ao reconhecer a constitucionalidade da delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, desde que preenchidos uma série de requisitos.

Sendo assim, como regra, deve prevalecer a compreensão de que é indelegável o poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado; excepcionalmente, todavia, admite-se a delegação, quando observados os seguintes requisitos cumulativos:

- (1) que a delegação seja feita por lei;
- (2) que o capital social da pessoa jurídica seja majoritariamente público;
- (3) que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado;
- (4) e que tais serviços sejam em regime não concorrencial

Ausentes qualquer deles, a delegação será vedada, assim como o é a delegação da ORDEM DO PODER DE POLÍCIA, em qualquer caso.

Pág. 207

~~Sabe-se que os atos de improbidade administrativa não são considerados crimes, é expresso o § 4º do art. 37 da CF-1988, em sua parte final mas, ainda assim, a Lei n. 13.964, de 2019, modificou a Lei de Improbidade Administrativa, instituindo o acordo de não persecução cível, em nova redação dada ao art. 17, § 1º, da LIA.~~

~~Essa mudança de modelo, do processo necessário, em sua redação original, para o acordo de não persecução cível, foi germinada na LIA com a edição da Medida Provisória n. 703, de 2015, cuja vigência expirou no dia 29 de maio de 2016, conforme o Ato Declaratório n. 27, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional.~~

~~Nessa perspectiva histórica, dispunha a LIA, no art. 17, § 1º, a vedação da transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Atualmente, com redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), o art. 17, § 1º e § 10-A, ambos da LIA, preveem duas espécies de acordo de não persecução cível:~~

~~• acordo extrajudicial: quando inexistir ação proposta, ou seja, o ato de improbidade é objeto de apuração em inquérito civil ou outro procedimento (§ 1º). É submetido à apreciação do Órgão Superior~~

de revisão de arquivamento do inquérito civil, quando tomado pelo MP (Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 6º, e Res. 179/2017, art. 6º, caput);

• ~~acordo judicial: quando existe ação proposta, mas existe a possibilidade de solução consensual, caso em que poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 dias (§ 10-A). É homologado pelo Poder Judiciário (Res. 179/17, do CNMP, art. 6º, § 1º).~~

~~Conforme já mencionado acima, mesmo antes da Lei do Pacote Anticrime, a Resolução n. 179, de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, já dispunha a respeito do acordo de não persecução cível, nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, no art. 1º, § 2º, nele estabelecendo as condições mínimas para que tais acordos fossem tomados em termo de ajustamento de conduta levados a efeito pelo colegitimado Ministério Público.~~

~~Assim, seria cabível o compromisso de ajustamento de conduta mediante as seguintes condições:~~

- ~~1. Ressarcimento integral do erário (LIA, arts. 5º, 7º e 12);~~
- ~~2. Aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.~~

Atualmente a nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/2021), é questionada em inúmeros dispositivos perante o STF, alguns deles suspensos liminarmente, enquanto outros ainda estão pendentes de apreciação.

Para facilitar a compreensão da celeuma, elaboramos uma tabela que retrata o quadro atual da Lei de Improbidade, sem embargo de novas interpretações que possam surgir em breve.

ATUALIZAÇÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS DECISÕES DO STF

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.236

- questiona a (in)constitucionalidade de vários dispositivos alterados e/ou incluídos na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021 –

Foi deferida parcialmente o pedido de **MEDIDA CAUTELAR** nação, de modo a **suspender a eficácia** dos dispositivos abaixo relacionados:

Dispositivos suspensos	Fundamento da decisão
<i>Art. 1º, § 8º Não configura improbidade a ação ou omissãodecorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.</i>	Concedida a liminar para suspender o dispositivo, tendo em vista que a excludente de ilicitude no ato de improbidade administrativa quando existente divergência interpretativa da lei, poderá dificultar a aplicação de suas sanções, de modo a ampliar conflitos, violar o princípio da segurança jurídica , bem como comprometer a regularidade administrativa e a efetiva tutela da probidade.

<p><i>Art. 12, § 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.</i></p>	<p>Concedida a liminar para suspender a eficácia do dispositivo quanto à restrição da sanção de perda da função pública apenas ao cargo ocupado no momento da prática do ato ímprobo, por se tratar de grave restrição ao mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa.</p>
<p><i>Art. 12, § 10º Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.</i></p>	<p>Dispositivo suspenso, em razão de que a detração do prazo legal de inelegibilidade estabelecida na norma impugnada decorrente do ato de improbidade administrativa, cujo status é de lei ordinária, podem afetar o sancionamento adicional de inelegibilidade previsto na Lei Complementar 64/1990.</p>
<p><i>Art. 17-B, § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.</i></p>	<p>Suspensa a regra que estabelece ao Ministério Público a oitiva prévia do tribunal de contas para quantificação do dano em caso de celebração do ANPC, tendo em vista que o condicionamento do exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas afeta a plena autonomia do órgão ministerial.</p>
<p><i>Art. 21, § 4º A absolvição criminal em ação que discute os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).</i></p>	<p>Liminar concedida para suspender o dispositivo, vez que a comunicabilidade ampla da esfera penal pretendida pela norma impugnada fere a lógica constitucional da autonomia entre as instâncias, não sendo o caso de “independência mitigada”, como já abrandada pela Suprema Corte (Rcl 41.557, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/03/2021).</p>

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7042/DF e 7043/DF

As ADIs foram propostas contra duas alterações na Lei:

1) Restrição da legitimidade para ajuizamento da ação de improbidade e para a realização de acordo;

2) Obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público caso ela tenha exarado parecer.

1) INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DA LEGITIMIDADE PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO E PARA A REALIZAÇÃO DE ACORDO

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Legitimidade para a propositura da ação	
Antes da Lei nº 14.230/2021	Depois da Lei nº 14.230/2021
A ação de improbidade podia ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.	A ação de improbidade somente poderia ser proposta pelo Ministério Público. A pessoa jurídica interessada não teria mais legitimidade para ajuizar ação de improbidade.

O STF decidiu o seguinte nas ADIs:

Os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos.

STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022 (Info 1066).

Assim, o STF julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para:

a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei nº 8.429/92, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a *restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas* para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”) e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§ 6º-A O Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”) poderá requerer as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 310 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

(...)

§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”), o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

Art. 17-B. O Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”) poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

(...)

§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”), de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.

(...)

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público (leia-se: “Ministério Público e a pessoa jurídica interessada”) do efetivo descumprimento.

b) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 14.230/2021:

Art. 3º No prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso.

§ 1º No prazo previsto no caput deste artigo suspende-se o processo, observado o disposto no art. 314 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º Não adotada a providência descrita no caput deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

- Dispositivo perdeu a utilidade jurídica tendo em vista que o Ministério Público não é mais o único legitimado.

2) INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE A ACESSORIA JURÍDICA FAZER A DEFESA DO AGENTE PÚBLICO

Sobre o § 20 do art. 17 da Lei nº 8.429/92, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, para dizer que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”:

Não deve existir obrigatoriedade de defesa judicial do agente público que cometeu ato de improbidade por parte da Advocacia Pública, pois a sua predestinação constitucional, enquanto função essencial à Justiça, identifica-se com a representação judicial e extrajudicial dos entes

públicos. Contudo, permite-se essa atuação em caráter extraordinário e desde que norma local assim disponha.

STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022 (Info 1066).