Estratégia
CONCURSOS

Aul

Discursivas p/ PGM-SP (Procurador Municipal) - 10 Correções

Professor: Equipe Igor Maciel, Igor Maciel

Sumário

1 - Considerações Iniciais 2

2 - Questões para Revisão 3

3 - Direito Administrativo 4

Questão 1. Direito Administrativo – VUNESP – TJSP – 2013 4

Questão 2. Direito Administrativo – CESPE - Adaptada 9

Questão 3. Direito Administrativo – FCC – PGE/SP - 2012 15

Questão 4. Direito Administrativo – FCC - TCE/MG – Procurador - 2007 20

Questão 5. Direito Administrativo 24

Cumulação de Cargos públicos 24

Teto Constitucional 28

Questão 6. Direito Administrativo – TJ/RJ – Juiz Estadual - 2011 34

Questão 7. Direito Administrativo – PREVIC – 2011 - Adaptada 39

Questão 8. Direito Administrativo – CESPE - Adaptada 46

Questão 9. Direito Administrativo – CESPE - PGE/PI – 2014 - Adaptada ... 50

Questão 10. Direito Administrativo 55

4 - Bibliografia 61

5 - Considerações Finais 61

1 - Considerações Iniciais

Olá meus amigos, tudo bem? Firmes nos estudos?

Vamos seguir com nosso curso.

Quaisquer dúvidas, estou às ordens nos seguintes contatos:

Grande abraço,

Igor Maciel

profigormaciel@gmail.com

Convido-os a seguir minhas redes sociais. Basta clicar no ícone desejado:

@ProfIgorMaciel

2 - Questões para Revisão

Amigos, apresento na aula de hoje 10 (dez) questões discursivas para revisão, com a respectiva análise do conteúdo de cada uma delas, todas sobre Direito Administrativo.

Abordarei questões discursivas já cobradas em concursos públicos e também elaboradas por mim.

Espero que vocês aproveitem.

Igor

3 - Direito Administrativo

Questão 1. Direito Administrativo – VUNESP – TJSP – 2013

> Servidor público, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, deseja obter o benefício relativo à aposentadoria especial. Com base nessa informação, responda, justificando e fundamentando, acerca da possibilidade de obtenção do benefício desejado e de que modo poderá o servidor alcançá-lo.

Comentários

Esta questão fora elaborada e respondida anteriormente à edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante de número 33. Assim, o gabarito abaixo fornecido será diferente daquele ofertado pela banca, em razão da atualização de entendimento dos tribunais superiores.

A Emenda Constitucional 47/2005 acrescentou ao texto da Carta Magna o direito a aposentadoria especial dos servidores públicos em razão do trabalho em condições que prejudiquem a saúde ou integridade física. Trata-se do disposto no artigo 40, parágrafo 4º, inciso III:

> *CF*
>
> *Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
>
> *4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos*

> *definidos em leis complementares, os casos de servidores:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> *I portadores de deficiência;* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> *II que exerçam atividades de risco;* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> *III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

O próprio texto constitucional estabeleceu a necessidade de edição de lei complementar para regulamentar a concessão de aposentadorias especiais aos servidores públicos. Contudo, o Congresso Nacional jamais editou esta lei quanto aos servidores públicos, fazendo-o, contudo, quanto aos trabalhadores da iniciativa privada.

Assim, diversos servidores manejaram Mandados de Injunção para garantir o exercício de tal direito, tendo o Supremo Tribunal Federal julgado tais demandas favoravelmente para declarar a omissão do Congresso e reconhecer o direito dos servidores públicos com base na legislação privada. Neste sentido:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.* ***Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.***
>
> *(MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)*

Ressalte-se que o STF pacificou não ser possível a conversão do tempo especial em comum, mas tão somente o exercício do direito a aposentadoria especial, acaso o servidor tenha trabalhado durante todo o período necessário à aposentadoria em condições insalubres:

> *Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Ainda, a jurisprudência do STF também reconhece o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência Fundamentos observados pela decisão agravada.*
>
> *2. Agravo regimental improvido.*
>
> *(MI 1596 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013)*

O gabarito desta questão ofertado pela banca à época exigia do candidato a resposta da necessidade de manejo de Mandado de Injunção para garantir o exercício deste direito pelo servidor público. Tal Mandado de Injunção seria de competência do Supremo Tribunal Federal e não do Tribunal de Justiça local, conforme pacificado pelo STF:

> *Recurso extraordinário. Repercussão Geral da questão constitucional reconhecida. Reafirmação de jurisprudência.* ***A omissão referente à edição da Lei Complementar a que se refere o art. 40, §4º, da CF/88, deve ser imputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. 2. Competência para julgar mandado de injunção sobre a referida questão é do Supremo Tribunal Federal.*** *3. Recurso extraordinário provido para extinguir o mandado de injunção impetrado no Tribunal de Justiça.*
>
> *(RE 797905 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 15/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014)*

Após reiteradas decisões quanto à matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 33 pacificando a questão em definitivo:

> *STF – Súmula Vinculante 33 - Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.*

Referida Súmula deve ser aplicada, inclusive, de forma administrativa, conforme disposto no artigo 2º, da Lei 11.417/2006:

> *Art. 2o O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.*

Por fim, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo a distinção entre risco permanente e risco eventual. Assim, não fora concedido aos Oficiais de Justiça o direito a aposentadoria especial, em razão de se ter na prática um risco meramente eventual, conforme entendimento do STF:

> *Ementa: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. OFICIAIS DE JUSTIÇA E SERVIDORES DO JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO COM ATRIBUIÇÕES RELACIONADAS À SEGURANÇA. ALEGADA ATIVIDADE DE RISCO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ORDEM DENEGADA. 1. Diante do caráter aberto da expressão atividades de risco (art. 40, § 4º, II, da Constituição) e da relativa liberdade de conformação do legislador, somente há omissão inconstitucional quando a periculosidade seja inequivocamente inerente ao ofício. 2. A eventual exposição a situações de risco – a que podem estar sujeitos os servidores ora substituídos e, de resto, diversas outras categorias – não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial. 3. A percepção de gratificações ou adicionais de periculosidade, assim como o porte de arma de fogo, não são, por si sós, suficientes para reconhecer o direito à aposentadoria especial, em razão da autonomia entre o vínculo funcional e o previdenciário. 4. Voto pela denegação da ordem, sem prejuízo da possibilidade, em tese, de futura lei contemplar a pretensão das categorias representadas pela impetrante.*
>
> *(MI 844, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO*

BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 29-09-2015 PUBLIC 30-09-2015)

Questão 2. Direito Administrativo – CESPE - Adaptada

Maria, então servidora pública municipal, requereu a sua aposentadoria no regime próprio de previdência social, o que lhe foi concedido, e passou a receber os respectivos proventos.

Quando do registro dessa aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), 4 anos depois, verificou-se indevido o recebimento de certa parcela remuneratória, motivo pelo qual o TCE determinou o imediato cancelamento e restituição dessa parcela, por meio de desconto nos proventos futuros da servidora aposentada.

Recebida a decisão do TCE, o secretário municipal de Administração consultou a Procuradoria do Município para que esta o informasse da (im)possibilidade de imediato cancelamento ou desconto da referida parcela nos proventos de Maria.

Considerando a situação hipotética acima, redija, na qualidade de procurador do município em epígrafe, um pronunciamento (não é necessária a elaboração de parecer) acerca da informação solicitada pelo secretário municipal de Administração, com os argumentos jurídicos constitucionais pertinentes, abordando os seguintes aspectos:

a) legalidade do desconto imediato;

b) relação com a Súmula vinculante n.o 3 do STF, que dispensa o contraditório e a ampla defesa para a análise do ato de aposentadoria;

c) parcelas recebidas de boa-fé pelos servidores públicos.

Comentários

O ato administrativo de aposentadoria é considerado um ato complexo por envolver a atuação de mais um órgão da administração pública. No âmbito municipal, a administração pública procede à análise e concessão de aposentadoria, em ato sujeito a registro pelo Tribunal de Contas do Estado.

De acordo com a Súmula Vinculante de número 3, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento segundo o qual:

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

Assim, é obrigatória a obediência ao contraditório e à ampla defesa em processos administrativos perante os Tribunais de Contas e aqui incluímos também os Tribunais de Contas Estaduais. Contudo, acaso o procedimento verse sobre a apreciação da concessão inicial de ato de aposentadoria, este contraditório não precisa ser respeitado.

Este exatamente o caso da questão.

Professor, pode a Administração Pública anular seus próprios atos?

Sim.

Esta a dicção do artigo 53 da Lei 9.784/99 que fora reforçada pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

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

Existe prazo para que a Administração anule seus atos?

A Lei 9.784/99 estabelece no artigo 54 um prazo decadencial de 5 anos para que a administração pública possa anular seus próprios atos quando o particular beneficiário estiver de **boa-fé**.

Assim, possível que a Administração Pública anule atos que contenham vícios, mas precisará observar o direito adquirido dos terceiros de boa-fé acaso ultrapassado o prazo de 5 anos. Neste sentido:

> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
>
> *§ 1o No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.*
>
> *§ 2o Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

Existe prazo para o Tribunal de Contas apreciar a aposentadoria do servidor?

Não. Por se tratar de um ato administrativo complexo, o ato de aposentadoria apenas se aperfeiçoa com a análise do processo pelo Tribunal de Contas. Assim, inexiste a necessidade de o Tribunal de Contas observar o prazo máximo de cinco anos para apreciar o ato de registro de aposentadoria.

Neste sentido:

> *EMENTA AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO. ATO INICIAL CONCESSIVO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO TRABALHADO COMO AUXILIAR DE ENSINO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 5.539/1968, COM A REDAÇÃO DADA PELO DECRETO-LEI Nº 465/1969. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ATIVIDADES EFETIVAMENTE DESENVOLVIDAS PELA IMPETRANTE NO PERÍODO EM DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. A teor da jurisprudência desta Suprema Corte, salvo nas hipóteses em que o processo administrativo de concessão de aposentadoria tenha dado entrada no Tribunal de Contas da União há mais de um lustro (MS 24.781, relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 09.6.2011), não há necessidade, para que ocorra a sua apreciação, na forma do art. 71, III, da Constituição da República, de prévia observância do contraditório e da ampla defesa.* ***2. O ato de concessão de aposentadoria é complexo, de modo que só se aperfeiçoa com o exame de sua legalidade e subsequente registro pelo Tribunal de Contas da União. Assim, enquanto não aperfeiçoado o ato concessivo de aposentadoria, não há falar em fluência do prazo do art. 54 da Lei nº 9.784/99, referente ao lapso de tempo de que dispõe a administração pública para promover a anulação de atos de que resultem efeitos favoráveis aos destinatários, tampouco em estabilização da expectativa do interessado na jubilação, aspecto a conjurar, na espécie, afronta ao princípio da segurança jurídica.*** *(...)*
>
> *MS 32336 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)*

Não, existe, portanto, decadência do direito de análise de aposentadoria por parte do Tribunal de Contas.

E se o Tribunal de Contas demorar mais de cinco anos para apreciar uma aposentadoria, qual efeito jurídico para o administrado?

Neste caso, segundo decidido pelo STF, tem-se uma exceção à regra da Súmula Vinculante de número 3. Esta pacifica o entendimento segundo o qual não existe direito ao contraditório ou à ampla defesa em processos de apreciação da concessão inicial de ato de aposentadoria.

Assim, o Tribunal de Contas, acaso demore mais de cinco anos para apreciar o ato de aposentadoria de um servidor público, precisará oportunizar ao

interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos da jurisprudência do STF:

> *Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II – **A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica.** Precedentes. III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU. (MS 24781, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 EMENT VOL-02540-01 PP-00018)*

Ressalte-se que o prazo de cinco anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.

Desconto imediato da remuneração e parcelas percebidas de boa-fé

Em razão da própria concessão da aposentadoria ter ocorrido de forma ilegal, percebe-se que este ato administrativo é nulo, autorizando a imediata suspensão dos pagamentos, com efeitos prospectivos. Em relação aos valores pretéritos percebidos de boa-fé pelo servidor, estes não devem ser restituídos, por possuírem caráter alimentício.

Neste sentido:

> *Súmula 249 – TCU - É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.*

Contudo, acaso se comprove que o servidor estava de má-fé, faz-se necessário o ressarcimento ao erário dos valores percebidos.

Questão 3. Direito Administrativo – FCC – PGE/SP - 2012

> Pode a Administração pública exonerar **ad nutum** servidora gestante ocupante exclusivamente de cargo em comissão? Responda a questão à luz da Constituição Federal e coteje com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. [10,0 pontos]

Comentários

Os cargos em comissão são aqueles de ocupação transitória na Administração Pública onde seus titulares são nomeados em função de uma relação de confiança existente com o gestor. Estes cargos são privativos de funções de chefia, direção e assessoramento.

De acordo com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração:

> *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:*
>
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*

Para José dos Santos Carvalho Filho (2015, pg. 636):

> *A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupa-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).*

Por outro lado, o artigo 10, II, b, da Constituição Federal estabelece que é vedada a dispensa sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto:

> *Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:*
>
> *II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:*
>
> *b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*

A presente questão pergunta exatamente este ponto: aplica-se o disposto no artigo 10, II, b, da Constituição Federal às servidoras que ocupam cargo exclusivamente em comissão?

Segundo o Supremo Tribunal Federal, sim.

Para a Corte Suprema, a proteção elencada na Constituição Federal deve abarcar também a servidora ocupante de cargo em comissão, bem como aquelas admitidas a título precário. Protege-se, com a norma, o próprio nascituro sendo dever do Estado zelar pelo bebê que irá nascer.

Assim, a servidora gestante ocupante de cargo exclusivamente em comissão não poderá ser exonerada sem justa causa, sem que lhe seja assegurada a remuneração pelo período de estabilidade provisória: desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

Neste sentido:

> *E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, "b") – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. -* ***As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o***

regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b"), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. *Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes.*

(RE 634093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47)

Eis mais um julgado do STF:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. ***As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*** *Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AI 804574 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-03 PP-00317 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 491-494)

Este entendimento é também seguido pelo Superior Tribunal de Justiça:

DMINISTRATIVO. CARGO COMISSIONADO. EXONERAÇÃO DE GESTANTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. PREMISSAS FÁTICA E JURÍDICA DISTINTAS DAS DOS AUTOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 35 DA LEI Nº 8.112/90. NÃO OCORRÊNCIA.

DIREITO DA SERVIDORA À PERCEPÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE À REMUNERAÇÃO PERCEBIDA NO CARGO DURANTE O PERÍODO DA LICENÇA-MATERNIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia ao direito ou não da impetrante em receber os efeitos financeiros da função comissionada (cargo de confiança) após a exoneração ad nutum, durante o período da licença-maternidade.

2. Os julgados confrontados partem de premissas fática e jurídica distintas. Enquanto no aresto colacionado discute-se a permanência da gestante no cargo comissionado, o cerne da controvérsia no acórdão recorrido cinge-se ao direito da gestante exonerada do cargo comissionado em receber os valores correspondentes à função durante o período da licença-maternidade. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

3. As servidoras públicas civis contratadas a título precário, embora não tenham direito à permanência no cargo em comissão, em virtude da regra contida no art. 35, inciso I, da Lei nº 8.112/90, fazem jus ao recebimento de indenização durante o período compreendido entre o início da gestação até o 5º mês após o parto.

Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 26.843/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.

PREJUÍZO À DEFESA. INEXISTÊNCIA. DISPENSA DE SERVIDORA CONTRATADA EM CARÁTER PRECÁRIO. PERÍODO DE GESTAÇÃO. ARTS. 7º, XVIII, DA CF/88 E 10, II, B, DO ADCT. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. VALORES POSTERIORES À IMPETRAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271 DO STF.

1. O reconhecimento de ausência de prestação jurisdicional pressupõe a ocorrência de prejuízo à defesa. A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, lança mão de fundamentação idônea e suficiente para a formação do seu livre convencimento.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme quanto à legitimidade da exoneração ad nutum do servidor designado para o exercício de função pública, ante a precariedade do ato.

3. Firmou-se a compreensão, no entanto, de que as servidoras públicas, detentoras de função pública designadas a título precário, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante os termos dos arts. 7º, XVIII, da CF/88 e 10, II, "b", do ADCT, sendo-lhes assegurado o direito à indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade. Precedentes.

4. Em relação a eventuais vencimentos anteriores à impetração, incidem os óbices das Súmulas n. 269 e 271, ambas do STF.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido.

(RMS 26.107/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014)

Assim, a servidora gestante até poderá ser exonerada do cargo em comissão sem justa causa. Contudo, terá ela direito à estabilidade provisória e à consequente indenização do período que compreende a data da confirmação da gravidez e 5 meses após o parto.

Referido entendimento é também aplicável às hipóteses de contratação por tempo determinado previsto nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte*
>
> *IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*

Neste sentido, tem-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

> ***Súmula nº 244 do TST***
>
> *GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012*
>
> *I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).*
>
> *II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.*
>
> ***III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.***

Questão 4. Direito Administrativo – FCC - TCE/MG – Procurador - 2007

Determinado servidor público, agindo dentro de suas atribuições, dispensa a realização de licitação para a contratação de serviços de limpeza, alegando, para tanto, ardilosamente, motivo falso.

Com isso, promove a contratação direta de empresa da qual sua esposa é sócia majoritária, para a prestação dos mesmos serviços a preço superior ao de mercado.

Por sua vez, a autoridade superior, agindo negligentemente, deixa de perceber a ilicitude e homologa a dispensa de licitação.

Explique e discuta a sujeição de ambos os agentes públicos aos dispositivos da lei de improbidade administrativa, mencionando as hipóteses em que, em tese, possam estar incursos.

Comentários

A sujeição de ambos os servidores é prevista pela interpretação conjunta dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429/92.

Separadamente:

Servidor Público:

De acordo com a lei 8429/92 (Improbidade Administrativa) no seu art. 10 inciso VIII, o ato mencionado constitui hipótese de improbidade administrativa.

> *Art. 10.* ***Constitui ato de improbidade administrativa*** *que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou* ***dispensá-los indevidamente;***

A conduta deste, conforme o disposto na questão, é incontestável. Assim, agindo dolosamente, sua conduta é diretamente expressa no dispositivo acima descrito.

Agente superior:

O superior incorre na mesma situação que o servidor que tentou favorecer sua mulher, visto que a modalidade do art. 10 comporta o ato culposo. Destaca-se, nesse ponto, que o ato negligente que resulta em prejuízo é sim culposo.

Ainda que não tenha sido perguntado na questão, **é cabível comentar a situação da mulher do servidor público** e traçar uma diferença entre esta e os demais.

O Agente Público só figura como Sujeito Ativo na Ação de Improbidade caso ele tenha agido com Dolo (intencionalmente) ou Culpa (por negligência, imperícia ou imprudência). No caso do particular, é necessário que ele tenha a intenção em cooperar para improbidade, ou seja, tenha agido com dolo.

O entendimento dos Tribunais Superiores é no sentido de que as ações de Improbidade Administrativa possuem caráter SUBJETIVO.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADEADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO.ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DEENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO.ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente:(a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. 3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92). ***4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRATURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006****.5. A justificativa da especialização notória, in casu, é matéria fática. deveras, ainda assim, resultou ausente no decisum a afirmação do elemento subjetivo.6. É que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, examinado as condutas supostamente imputadas aso demandados, concluiu objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/93), ensejador do dever de ressarcimento ao erário, mantendo incólume a condenação imposta pelo Juízo Singular, consoante se colhe do excerto do voto condutor do acórdão recorrido. "A r. sentença de fls. 934/952 deu pela procedência de ação civil pública, que condenou ambos os apelantes pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente em contratação sem prévia licitação de empresa de consultoria financeira e orçamentária Fausto e S/ Associados por parte da Prefeitura Municipal de Campos do Jordão, através de seu Prefeito João Paulo Ismael, ao argumento deque se tratava de prestadora de serviços notoriamente especializada ,o que dispensaria a realização do procedimento correspondente, de acordo com o artigo 25 inciso III da Lei nº 8.666/93, combinando como artigo 13 inciso I do mesmo texto legal. Houve condenação do Prefeito à perda de função pública, caso estivesse exercendo-a ao tempo do trânsito em julgado, suspensão de seus direitos políticos por cinco anos, além de restar obrigado ao recolhimento de multa civil igual a duas vezes o valor do dano estimado, reversível ao Fundo de Reparação de Direitos Difusos Lesados, além de ficar proibido de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios crediticios ou fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por interposta pessoa jurídica da qual fosse sócio majoritário pelo tempo de cinco anos. Quanto à empresa Fausto e S/ Associados Ltda., representada por Fausto ítalo Minciotti, impôs-se lhe o pagamento de multa civil igual a duas vezes o valor do dano, proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou crediticios, direta ou indiretamente através de pessoa jurídica da qual fosse sócia majoritária, pelo prazo de cinco anos, afora a sucumbência imposta a ambos os apelantes, unicamente quanto ao valor das custas processuais.7. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de R$ 49.820,08 (quarenta e nove mil, oitocentos e vinte reais,*

> *oito centavos) se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada (fl. 947), revelando error in judicando a analise do ilícito apenas sob o ânguloobjetivo.8. Dessarte, a natureza dos serviços exigidos, máxime em pequenos municípios, indicam, no plano da presunção juris tantum que a especialização seria notória, não obstante o julgamento realizados em a realização das provas requeridas pela parte demandada.9. As sanções da improbidade administrativa reclamam a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, e sua aplicaçãodeve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramenteirregulares.10. Recurso Especial provido.*
>
> *(STJ - REsp: 1038777 SP 2008/0052296-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2011)*

Ocorre que é praticamente impensável que a mulher do servidor tenha agido sem dolo. Teria, para tanto, que foi enganada por ele. Ademais, lembra-se: aplica-se a lei ao particular (art. 3º).

Questão 5. Direito Administrativo

João da Silva, ocupante de cargo de Professor de Biologia da Universidade Federal de São Paulo, com a carga horária de 20 horas semanais, pretende fazer concurso público para o cargo de Técnico Especialista em Psicultura da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de São Paulo, com carga horária igualmente de 20 horas semanais. Considerando que ambos os cargos possuem lotação no Município de São Paulo/SP, responda:

A) É possível a cumulação de ambos os cargos pretendidos por João da Silva? Justifique. [5,00]

B) Acaso a soma da remuneração dos dois cargos seja superior ao teto constitucional, deverá a remuneração total de João da Silva limitar-se ao teto constitucional? [5,00]

Comentários

Cumulação de Cargos públicos

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XVI, estabelece como regra a inacumulabilidade dos cargos públicos. A exceção fica por conta de existência de **compatibilidade de horário** e se os cargos forem:

a) Dois cargos de professor;

b) Um cargo de professor e outro **técnico ou científico;**

c) Dois cargos de profissionais de saúde.

Eis o dispositivo legal para análise:

> *CF, artigo 37.*
>
> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;*

Percebam que esta proibição de acumular cargos envolve também a Administração Pública Indireta, inclusive, as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do inciso XVII, do artigo 37, da CF:

> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Para José dos Santos Carvalho Filho, o dispositivo constitucional acrescentado pela EC 19/98 não dá margem para dúvidas e o fundamento para a proibição é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência. Assim, (2013, pg. 663)

> *em virtude da ampliação das hipóteses de vedação não mais poderão subsistir eventuais situações de acúmulo anteriormente permitidas, sendo incabível a alegação de direito adquirido por se tratar de situação jurídica com efeitos protraídos no tempo. A regra constitucional tem aplicabilidade imediata.*

Ressalte-se que a vedação se refere à acumulação remunerada.

Quanto às exceções, a cumulação de dois cargos de professor não deixa espaço para dúvidas. Já a cumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde refere-se aos profissionais que exercem atividade técnica diretamente ligada à área da saúde como médicos, enfermeiros e odontólogos.

O dispositivo constitucional não alcança, portanto, servidores administrativos que estejam lotados em órgãos onde se presta serviço de saúde, como hospitais, clínicas e ambulatórios (CARVALHO FILHO, 2013, pg. 664).

Já a possibilidade de cumulação mais controversa refere-se à alínea "b", do inciso XVI, do artigo 37: a cumulação de um cargo de natureza técnica ou científica com um cargo de professor.

Segundo Carvalho Filho, a ausência de conceito legal sobre o que seria cargo técnico ou científico tem provocado diversas dúvidas no seio da Administração Pública. Para ele (2013, pg. 665):

> *Cargos técnicos são os que indicam a aquisição de conhecimentos técnicos e práticos necessários ao exercício das respectivas funções. Já os cargos científicos dependem de conhecimentos específicos sobre determinado ramo científico. Normalmente, tal gama de conhecimento é obtida em nível superior; essa exigência, porém, nem sempre está presente, sobretudo para os cargos técnicos.*

Significa dizer, então, que o cargo de natureza técnica exigido pela Constituição Federal é aquele que diga respeito a uma determinada especialização.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que cargo técnico ou científico, para fins de acumulação com o de professor, nos termos do art. 37, XVII, da Lei Fundamental**, é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior (RMS 20.033)**.

> *CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFESSOR APOSENTADO E AGENTE EDUCACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CARGO TÉCNICO OU CIENTÍFICO.*
>
> *NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria de servidores civis ou militares com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os acumuláveis na atividade, os cargos eletivos ou em comissão, segundo o art. 37, § 10, da Constituição Federal.*
>
> ***2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que cargo técnico ou científico, para fins de acumulação com o de professor, nos termos do art. 37, XVII, da Lei Fundamental, é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior.***
>
> *3. Hipótese em que a impetrante, professora aposentada, pretende acumular seus proventos com a remuneração do cargo de Agente Educacional II – Interação com o Educando – do Quadro dos Servidores de Escola do Estado do Rio Grande do Sul, para o qual não se exige conhecimento técnico ou habilitação legal específica, mas tão-somente nível médio completo, nos termos da Lei Estadual 11.672/2001. Suas atribuições são de inegável relevância, mas de natureza eminentemente burocrática, relacionadas ao apoio à atividade pedagógica.*
>
> *4. Recurso ordinário improvido.*
>
> *(RMS 20.033/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 261)*

Ressalte-se que a proibição de cumulação e o cabimento das exceções também se referem aos servidores civis inativos, conforme parágrafo 10º, do artigo 37, da CF, acrescentado pela EC 20/98:

> *§ 10. **É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria** decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

No caso concreto, o cargo de Técnico Especialista em Psicultura da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de São Paulo deve ser considerado cargo de natureza técnica, eis que exige uma especialidade e conhecimentos específicos, ainda que não seja um cargo de nível superior.

Possível, portanto, a cumulação com um cargo de professor, desde que existente compatibilidade de horário.

Existe uma orientação do TCU no sentido de limitar a jornada semanal do servidor em 60 horas, sob pena de ferir o seu direito a saúde e higiene no ambiente de trabalho. Entendo que esta posição ainda não foi pacificada pelo STJ, apesar de encontrarmos alguns julgados neste sentido.

Para não restar dúvidas quanto à compatibilidade de horários, a questão cobrou a compatibilidade de dois cargos na mesma cidade com carga horária semanal total de 40 horas.

E se o servidor se aposentar de um cargo público sem natureza técnica, ele poderá trabalhar na iniciativa privada?

Sim, meus amigos.

É possível a cumulação da aposentadoria do cargo público (se não existirem outras restrições específicas) com emprego na iniciativa privada

Isto porque o artigo 37, parágrafo 10, da Constituição Federal apenas veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função **pública**.

Teto Constitucional

A regra do teto constitucional fora estabelecida pela Constituição Federal no artigo 37, inciso XI que dispõe:

> *Artigo 37*
>
> *XI - **a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e **dos Municípios**, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou*

> *outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza,* ***não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito,*** *e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsidio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Assim, a remuneração dos servidores municipais, por exemplo, está limitada à remuneração do prefeito no âmbito local e a dos servidores do Poder Executivo Estadual limita-se à remuneração do Governador do Estado.

Reforma Constitucional e Teto Constitucional

Em que pese o teto constitucional ter sido incluído e alterado por Emendas Constitucionais, o STF pacificou a aplicabilidade imediata dos dispositivos, sem ofensa ao ato jurídico perfeito:

> *EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)* ***2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.*** *3. Negado provimento ao recurso extraordinário.*
>
> *(RE 564354, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-03 PP-00487)*

Teto Constitucional e empresas estatais

Além disso, o parágrafo 9º, do artigo 37 estabelece a aplicabilidade do teto constitucional apenas às empresas estatais que recebem recursos públicos para **pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.**

> *Artigo 37.*
>
> *§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Para Carvalho Filho (2013, pg. 755):

> *A Constituição determinou, ainda, que o teto remuneratório deve ser observado, da mesma forma, por empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, quando receberem recursos das pessoas federativas a que estão vinculadas, com o objetivo de pagamento de despesas com pessoal ou com custeio em gera (...).*

A interpretação do dispositivo nos permite concluir, portanto, que a remuneração paga por tais entidades, **quando dotadas de recursos próprios para despesa de pessoal** não está sujeita ao limite fixado aos demais empregados.

Assim, apenas se aplica o teto remuneratório na empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) acaso esta receba recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, conforme disposto no artigo 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Mas professor se o servidor cumular dois cargos públicos, o cálculo do teto remuneratório deve ser feito de forma individual (para cada cargo) ou somando-se ambos os valores percebidos?

Este ponto foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

Basicamente se discutia qual o "espírito" do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal: a remuneração de ambos os cargos deve ser somada para depois aplicar-se o teto constitucional ou caga cargo deve ser considerado individualmente?

Para o STF, cada cargo deve ser contado individualmente para efeitos de teto constitucional, fixando o plenário a seguinte tese de repercussão geral:

> *Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.*

Para o Ministro Marco Aurélio, relator do processo:

a) A percepção somada de remunerações relativas a cargos acumuláveis, ainda que acima, no cômputo global, do patamar máximo, não interfere nos objetivos que inspiram o texto constitucional.

b) A incidência do limitador somando-se ambas as remunerações ensejaria enriquecimento sem causa do Poder Público. É que sendo acumuláveis os cargos, nada impede que o servidor seja remunerado de forma condizente com cada prestação de serviço;

c) Entendimento contrário, possibilitaria a potencial criação de situações contrárias ao princípio da isonomia. Não se deve extrair do texto constitucional conclusão a possibilitar tratamento desigual entre servidores públicos que exerçam idênticas funções. O preceito concernente à acumulação preconiza que ela é remunerada, não admitindo a gratuidade, ainda que parcial, dos serviços prestados,

Para o Professor Paulo Modesto (Teto Constitucional de Remuneração dos Agentes Públicos: uma crônica de mutações e Emendas Constitucionais. Revista Diálogo Jurídico: Salvador, v. 1, nº 3):

> *A soma das acumulações constitucionais para fins de abate-teto não tem justificativa que a sustente. Nada representa do ponto de vista fiscal ou moral. No plano jurídico, de revés, provoca perplexidade, pois consta da Constituição Federal norma que autoriza os próprios ministros do Supremo Federal a acumulação "remunerada" decorrente do exercício de outra função pública (ensino). Fica-se numa situação antinômica: uma norma autoriza a acumulação remunerada, permitindo aos ministros perceberem do Poder Público valores adicionais ao subsídios devido pelo exercício de seus cargos no Poder Judiciário, mas outra norma, a relativa ao teto, aparentemente impede qualquer percepção de valor adicional. […]*

Eis a ementa do julgado do STF:

> *TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido.*
>
> *(RE 612975, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)*

Ante o exposto, propõe-se a seguinte redação para responder às questões:

> A) É possível a cumulação de ambos os cargos pretendidos por João da Silva? Justifique. [5,00]
>
> B) Acaso a soma da remuneração dos dois cargos seja superior ao teto constitucional, deverá a remuneração total de João da Silva limitar-se ao teto constitucional? [5,00]

a) Sim. É possível a cumulação dos dois cargos públicos pretendidos por João da Silva, eis que nos termos do artigo 37, inciso XVI, b, da Constituição Federal, é

exceção à impossibilidade de acumulação de cargos públicos o exercício de um cargo de professor e um cargo técnico.

No caso concreto, o cargo de Técnico Especialista em Psicultura da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de São Paulo deve ser considerado de natureza técnica e, portanto, passível de cumulação com o cargo de Professor de Biologia da Universidade Federal de São Paulo.

Ressalte-se que há compatibilidade de horários entre os cargos e ambos serão exercidos na mesma cidade, inexistindo prejuízos para a saúde e higiene do trabalhador.

b) Não. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a limitação ao teto constitucional remuneratório deve ser analisada de forma individual ao cargo e não relacionada com a soma dos valores percebidos pelo servidor.

Assim, acaso a soma da remuneração dos dois cargos pleiteados por João da Silva seja superior ao teto constitucional, a análise para incidência do teto constitucional deve ser feita individualmente.

Questão 6. Direito Administrativo – TJ/RJ – Juiz Estadual - 2011

> Edital de concurso público para o cargo de delegado de polícia de determinado estado, com base em lei local, exige dos candidatos a altura mínima de 1, 65m.
>
> Candidato reprovado no exame antropométrico, porque sua altura é abaixo da mínima exigida na lei local e no edital, ajuíza ação com a pretensão de continuar nas demais fases do concurso. Argumenta que essa exigência afronta o princípio da isonomia e apresenta-se desarrazoada.
>
> Elabore os argumentos que o Estado poderia usar em sua defesa.

Comentários

De acordo com os incisos I e II, do artigo 37 da Constituição Federal, os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham aos requisitos previstos em **lei** aprovados previamente em concurso público:

> *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)
>
> *I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*

Já o caput do artigo 5º da CF prevê a igualdade entre todos os brasileiros, sem distinção de qualquer natureza:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

A análise da possibilidade de limitação de altura para concursos policiais deve obedecer ao disposto nestes dispositivos constitucionais, eis que as limitações de acesso a cargos públicos devem respeitar ao princípio da isonomia, devem ser razoáveis e precisam estar previstas em lei.

Para o Supremo Tribunal Federal, dada a natureza do cargo de delegado de polícia, é razoável a exigência de altura mínima para ingresso na carreira:

> *EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE DELEGADO DE POLÍCIA. ALTURA MÍNIMA. REQUISITO. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. 1. Ra**zoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido**. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. Recurso extraordinário não conhecido.*
>
> *(RE 140889, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/05/2000, DJ 15-12-2000 PP-00104 EMENT VOL-02016-04 PP-00771)*

No mesmo sentido, o STF decidiu que é razoável a exigência de **idade máxima** para ingresso em determinados concursos, dada a natureza do cargo a ser preenchido, nos termos do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal e da Súmula 683 do STF:

> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, **idade**, cor ou estado civil;*

> ***Súmula 683 – STF -*** *O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.*

Ressalte-se que especificamente quanto à idade, a comprovação do requisito deve ser feita no momento da inscrição no certame e não no momento da inscrição no curso de formação ou no ato da posse. Neste sentido:

> *Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 7.6.2017. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO EM LEI. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO NO CERTAME. 1.* ***A idade estabelecida em lei e no edital do certame deve ser comprovada no momento da inscrição no concurso.*** *2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de honorários anteriormente.*
>
> *(ARE 979284 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)*

Professor, o edital pode prever este limite ou é necessária a existência de uma lei?

Para o Supremo Tribunal Federal, os requisitos para ocupação de cargos públicos precisam estar previstos em lei em sentido estrito, nos exatos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal: "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em **lei**".

Assim, esta exigência não poderá apenas estar prevista no edital. Neste sentido:

> *E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CONCURSO PÚBLICO – GUARDA MUNICIPAL – ALTURA MÍNIMA –* ***EXIGÊNCIA PREVISTA APENAS NO EDITAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE*** *– DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *(ARE 715061 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013)*

> *EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA.* ***1. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas.*** *Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AI 627586 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 27/11/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00065 EMENT VOL-02304-09 PP-01758)*

No caso proposto na questão, por existir lei em sentido estrito estabelecendo o limite mínimo de altura, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade.

Inexiste, portanto, qualquer agressão ao princípio da razoabilidade ou da isonomia a exigência de altura mínima para ingresso no concurso de delegado da polícia civil

Professor, é razoável a exigência de altura mínima para o cargo de escrivão, ainda que previsto em lei?

Neste caso, não.

Para o Supremo Tribunal Federal, não é constitucional a exigência de altura mínima para o cargo de escrivão da polícia, visto que a natureza da função

desempenhada – meramente escriturária - não possui relação com a exigência de altura mínima. Neste sentido:

> *CONCURSO PÚBLICO - FATOR ALTURA. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado.*
>
> *(RE 150455, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 07-05-1999 PP-00012 EMENT VOL-01949-02 PP-00420)*

Questão 7. Direito Administrativo – PREVIC – 2011 - Adaptada

Joelma, agente pública, ocupante de cargo em comissão e ordenadora de despesas em autarquia federal, deixou de prestar contas a que estava obrigada, por força de lei, no ano de 2010. Em apuração interna da entidade, promovida no ano de 2012, restou comprovado que essa omissão ocasionou prejuízo ao Erário, não tendo sido verificado enriquecimento ilícito da agente.

Em março de 2017, o Ministério Público Federal ingressou com ação de improbidade administrativa contra Joelma. A partir dessa situação hipotética, e considerando que Joelma fora exonerada do cargo que ocupava em janeiro de 2016, responda ao que se pede:

A) Mero ocupante de cargo em comissão pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa quando não há enriquecimento ilícito? [3,0]

B) Houve, no caso em comento, prescrição para a ação de improbidade e para o ressarcimento do prejuízo apurado ao Erário? [3,00]

C) É possível a responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa quando não se verifica, em sua ação, dolo ou culpa, mas apenas irregularidade ou ilegalidade? [4,00]

Comentários

O tema improbidade administrativa pode hoje ser considerado um "tema quente" para concursos públicos. No caso em análise, a questão cobrou 3 pontos já pacificados na jurisprudência. Vejamos um a um.

Quem pode ser considerado sujeito ativo do ato de improbidade?

O sujeito ativo do ato de improbidade é a pessoa física ou jurídica que pratica o ato de improbidade, concorre para a sua prática ou dele se beneficia,

não apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público.

Trata-se, pois, de um conceito bastante amplo segundo a interpretação do artigo 1º da Lei 8.429/92:

> *Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*

Além disso, os artigos 2º, 3º e 4º esmiúçam ainda mais o conceito de agente público:

> *Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*
>
> *Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*
>
> *Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.*

Percebam, portanto, que o próprio artigo 2º da Lei 8.429/92 expressamente prevê que poderá ser sujeito ativo do ato de improbidade aquele que exerce ainda que transitoriamente e por nomeação cargo ou função públicas (aqui podemos tranquilamente encaixar o agente público que exerce exclusivamente cargo em comissão).

Sugere-se, pois, que o aluno adote o seguinte padrão de resposta para este item:

A) Sim, uma vez que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, em face da administração pública serão punidos na forma da Lei 8.429/92.

Assim, ainda que o agente público seja mero ocupante de cargo em comissão, poderá este responder por ato de improbidade, nos termos da interpretação dos artigos 1º e 2º, da Lei 8429/92.

Além disso, mesmo que não haja enriquecimento ilícito poderá configurar-se ato de improbidade administrativa, em casos de prejuízo ao erário ou ante a prática de qualquer ato que atente contra os princípios da Administração.

Qual o prazo prescricional das demandas de improbidade?

De acordo com o artigo 23, da Lei 8.429/92, as ações relativas aos atos de improbidade prescreverão nos seguintes prazos:

> *Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*
>
> *I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;*
>
> *II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.*
>
> *III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1o desta Lei.*

Assim, no caso concreto, a prescrição das ações de improbidade a serem movidas contra a servidora Joelma apenas ocorrerá no prazo de cinco anos a contar do término do exercício do cargo em comissão, conforme artigo 23, inciso I, da Lei 8.429/92.

Tendo em vista que a servidora apenas fora exonerada de seu cargo em janeiro de 2016 e a ação fora manejada pelo Ministério Público Federal em março de 2017, não há que se falar em prescrição.

Ressalte-se, ainda, que as penas de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, devendo os prazos do artigo 23, da Lei 8.429/92 aplicar-se apenas às demais sanções previstas na norma.

Trata-se de interpretação dada ao artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,* ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.***

Em caso de reeleição de agentes políticos, o prazo prescricional da ação de improbidade – quanto às penalidades previstas na Lei, salvo a ação de ressarcimento (imprescritível) - deve ser contado a partir do término do segundo mandato:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. REELEIÇÃO. TERMO A QUO. ART. 23 DA LEI Nº 8.429/1992. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

> *(REsp 1357359/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2017, DJe 13/12/2017)*

Feitas estas considerações, apresento para vocês minha proposta de redação do item:

> B) Não, conforme o artigo 23, I, da lei de improbidade, a prescrição para as ações destinadas a combater os atos de improbidade previstas na lei em tela podem ser propostas até 5 anos após o término do exercício do cargo de comissão.
>
> Também não houve prescrição no que se refere à ação civil para ressarcimento ao erário, já que esta é imprescritível, nos termos do artigo 37 § 5º da Constituição Federal.

Existe responsabilização objetiva por ato de improbidade?

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Para a condenação dos agentes públicos com base na referida lei é necessária a existência de:

- Dolo, nos casos dos artigos 9º e 11º (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente);
- Dolo, nos casos do artigo 10-A (coíbe a concessão indevida de isenções tributárias);

- No mínimo Culpa, nos casos do artigo 10º (coíbe os atos de improbidade por dano ao Erário);

Neste sentido:

> *RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO E DE MOBILIÁRIO PARA IMÓVEL FUNCIONAL UTILIZADO PELA REITORIA DA UNB, COM RECURSOS DO FUNDO DE APOIO INSTITUCIONAL À FUB. CAPITULAÇÃO DO FATO EXCLUSIVAMENTE NA REGRA DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E DE QUALQUER INTENÇÃO DESONESTA OU DESLEAL DOS IMPUTADOS. REVALORAÇÃO DAS PREMISSAS ADOTADAS NO ARESTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico.*
>
> *2. "**Para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.** [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014" (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).*
>
> *(...)*
>
> *(REsp 1622001/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)*

Propomos, assim, a seguinte resposta para o item:

C) Não, nas ações de improbidade não se admite a responsabilização objetiva, sendo necessária a demonstração de dolo nos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, que afetem os princípios da

administração pública e que decorram de irregular concessão de benefícios tributários.

Além disso, é necessária a comprovação de dolo é necessária a comprovação de no mínimo culpa quanto aos atos de improbidade que importem em prejuízo ao erário.

Questão 8. Direito Administrativo – CESPE - Adaptada

A Assembleia Legislativa de um determinado Estado aprovou projeto de lei apresentado por deputado estadual que estende a empregados públicos de determinada empresa pública estadual exploradora de atividade econômica o direito de servidores públicos estatutários à percepção de "gratificação de titulação", a ser auferida mediante a conclusão de curso de pós-graduação em instituição de ensino reconhecida pelas leis brasileiras.

Tendo recebido a proposição para a análise, com vistas à sua apreciação para efeitos de sanção ou veto, o governador do estado solicitou manifestação prévia do respectivo órgão estadual de consultoria jurídica.

Analise a legitimidade da proposição legislativa em apreço considerando os termos da Constituição Federal de 1988.

Em seu texto, discorra sobre os seguintes aspectos:

1 competência legislativa do estado-membro para legislar a respeito da matéria; [valor: 3,00 pontos]

2 apresentação do referido projeto de lei por parlamentar estadual; [valor: 3,00 pontos]

3 extensão aos referidos empregados públicos da gratificação conferida aos servidores estatutários estaduais. [valor: 4,00 pontos]

Comentários

O projeto de lei apresentado pelo parlamentar estadual trata sobre direito discute a em epígrafe visa a direito de empregados públicos de empresa estatal exploradora econômica.

As empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) são consideradas pessoas jurídicas de direito privado e como tal seus empregados estão sujeitos ao regime celetista e não estatutário, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal:

> *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:*
>
> *(...)*
>
> ***II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;***

Assim, se sujeitas ao regime de direito privado as relações trabalhistas entre as empresas estatais e seus empregados, as alterações nos contratos de trabalho devem ser feitas nos moldes da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Logo, a lei tratada no enunciado da questão versa sobre matéria trabalhista, competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**;*

Ao legislar sobre a remuneração dos empregados de estatais, o Estadoem epígrafe invadiu a competência privativa da União, sendo relevante destacar que o parágrafo único do artigo 22 estabelece a possibilidade de os Estados legislarem sobre questões específicas quanto à matéria (ponto não discutido no enunciado):

> *Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

Em conclusão, não possui competência o Estado para legislar sobre matéria trabalhista, razão pela qual a referida lei deve ser considerada formalmente inconstitucional, consoante já decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 318:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais. 2. Isonomia assegurada entre servidores de duas empresas públicas. 3. Violação aos artigos 22, I; 37, XIII e 173, § 1º, da Constituição Federal. Matéria de Direito do Trabalho. Ocorrência de vício formal. Ação direta julgada procedente.*
>
> *(ADI 318, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2014 PUBLIC 12-06-2014 EMENT VOL-02735-01 PP-00001)*

No que se refere à possibilidade de apresentação do referido projeto de lei por parlamentar estadual, diante da invasão da competência da União, seria incorreto sustentar tanto a impossibilidade como a possibilidade de iniciativa do parlamentar estadual no que se refere ao tema em apreço.

O vício de iniciativa quanto à apresentação do projeto de lei se faz superficial diante do vício de inconstitucionalidade formal da usurpação da competência privativa da União para tratar sobre o assunto.

Inexiste, pois, qualquer possibilidade de a referida norma ser constitucional, ainda que o projeto de lei fosse apresentado pelo Poder Executivo.

Por fim, como já exposto, os empregados de empresa pública estadual exploradora de atividade econômica possuem vínculo de natureza celetista com seus empregadores.

De tal sorte, inconstitucional a norma que estenda a esses empregados benefícios concedidos a servidores públicos estatutários, vinculados à Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações Públicas, nos termos do artigo 37, inciso XIII e 39 da Constituição Federal:

> *Artigo 37.*
>
> *XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;*

> *Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*

A extensão de direitos a empregados com vínculo celetista apenas poderá ser realizada por meio de lei federal (artigo 22, I, CF) ou lei estadual autorizada (artigo 22, parágrafo único, CF). Neste sentido:

> *EMENTA: RECURSO TRABALHISTA. IPC DE MARÇO DE 1990. ÍNDICE DE 84,32%. DIREITO ADQUIRIDO.* ***INEXISTÊNCIA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS PÚBLICOS CONTRATADOS SOB O REGIME DA CLT.*** *Os servidores do Distrito Federal, à época regidos pela CLT, não têm direito adquirido às diferenças salariais de 84,32% com base no IPC de março de 1990.* ***A Lei distrital 38/1989 incide apenas sobre as relações do Distrito Federal com seus servidores com vínculo estatutário.*** *Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AI 581418 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00052 EMENT VOL-02248-07 PP-01309)*

Questão 9. Direito Administrativo – CESPE - PGE/PI – 2014 - Adaptada

Com base em parecer jurídico emitido por sua procuradoria, determinada secretaria do município, que havia solicitado o referido parecer, realizou processo licitatório e, em ato administrativo final, adquiriu o bem objeto da licitação.

O tribunal de contas do estado, entretanto, após tomada de contas, apontou ter havido ilegalidade na aquisição do bem, por superfaturamento de preço, o que resultou em prejuízo ao erário.

Com base na situação hipotética apresentada e com fundamento no disposto na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, elabore um texto dissertativo abordando os seguintes aspectos:

i. competência constitucional da Procuradoria Municipal para análise de procedimento licitatório;

ii. possibilidade de anulação ou sustação, pelo tribunal de contas, do contrato administrativo;

iii. responsabilidade do procurador que emitiu o parecer solicitado pela secretaria.

Comentários

A Procuradoria Geral do Município é a instituição que representa judicial e extrajudicialmente os interesses do Município, conforme interpretação analógica do disposto no artigo 132 da Constituição Federal:

> *Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Assim, é atribuição da Procuradoria Geral do Município opinar juridicamente quanto aos procedimentos e contratações no âmbito da administração pública.

Quanto à atuação dos Tribunais de Contas na sustação de atos e contratos, tem-se a previsão do artigo 71, inciso X, da Constituição Federal:

> *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*
>
> *X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;*
>
> *§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.*

Percebam que compete ao Tribunal de contas a **sustação** de **atos** administrativos, comunicando a decisão imediatamente ao Poder Legislativo. Contudo, acaso se trate de um **contrato administrativo**, não possui a Corte de Contas competência para a sustação.

De acordo com o parágrafo 1º, do artigo 71, da CF, no caso de um contrato administrativo, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Poder Legislativo e não pelo Tribunal de Contas. Assim, compete à Assembleia Legislativa sustar o contrato administrativo após a sua celebração.

No autos do Mandado de Segurança de número 24.631/DF, o Supremo Tribunal Federal apreciou a possibilidade de responsabilização do procurador quanto ao conteúdo dos pareceres por ele emitidos.

Para o STF, existem três tipos de pareceres: **o facultativo**, **o obrigatório** e **o vinculante**, cada um com sua especificidade. Vejamos um a um.

Parecer Facultativo

O parecer facultativo é aquele que o Administrador Público não está obrigado a solicitar e, exatamente por isto, poderá o gestor discordar da decisão exposta no documento jurídico, acaso faça de forma fundamentada.

Parecer Obrigatório

Já o parecer obrigatório é aquele que o Administrador Público está obrigado a solicitar uma consulta ao órgão jurídico. Neste caso, o Administrador Público até poderá discordar da decisão exposta no documento jurídico, mas precisa fazê-lo de forma fundamentada e **com base em um novo parecer**.

Parecer Vinculante

Já o parecer vinculante é aquele onde o Administrador Público tanto precisa solicitar a consulta ao órgão jurídico como está obrigado a seguir exatamente o ali determinado. É dizer, não poderá o Administrador discordar da conclusão exposta no documento jurídico, devendo seguir à risca o ali determinado.

E como funciona a responsabilidade do parecerista?

No caso de pareceres meramente opinativos (facultativo e obrigatório → pareceres não vinculantes), o parecerista **não deve responder** pelo ato administrativo, **salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro.**

Já quanto ao parecer vinculante, o ato do parecerista integra-se ao ato administrativo, razão pela qual este responderá de forma solidária com o administrador público pela prática do ato, não sendo necessária a demonstração de culpa ou erro grosseiro.

Esta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (**i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.** II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.** Mandado de segurança deferido.*
>
> *(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)*

> *EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. 1. Ausência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Corte de Contas providenciou a notificação do impetrante assim que tomou conhecimento de seu*

*envolvimento nas irregularidades apontadas, concedendo-lhe tempo hábil para defesa e deferindo-lhe, inclusive, o pedido de dilação de prazo. O TCU, no acórdão impugnado, analisou os fundamentos apresentados pela defesa, não restando demonstrada a falta de fundamentação. 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. Precedente. Apenas um detalhado exame dos dois processos poderia confirmar a similitude entre os fatos que são imputados ao impetrante. 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que "s**alvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa"** (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Divergências entre as alegações do agravante e as da autoridade coatora. Enquanto o impetrante alega que a sua condenação decorreu exclusivamente de manifestação como Chefe da Procuradoria Distrital do DNER em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, a autoridade coatora informa que sua condenação não se fundou apenas na emissão do dito parecer, mas em diversas condutas, comissivas e omissivas, que contribuíram para o pagamento de acordos extrajudiciais prejudiciais à União e sem respaldo legal. Divergências que demandariam profunda análise fático-probatória. 4. Agravo regimental não provido.*

(MS 27867 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Questão 10. Direito Administrativo

Discorra sobre o Poder de Polícia e a possibilidade de delegação a particulares. [Valor 10,0 pontos]

Comentários

O poder de polícia representa uma expressão da supremacia do interesse público sobre o privado e permite à Administração Pública restringir ou limitar direitos ou interesse individuais no que tange à liberdade e a propriedade.

Constitucionalmente, o poder de polícia encontra fundamento no artigo 145, inciso II:

> *Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*
>
> *(...)*
>
> *II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*

Legalmente, o conceito de Poder de Polícia encontra-se no artigo78 do Código Tributário Nacional:

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

José dos Santos Carvalho Filho[1], trazendo doutrina já tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que o poder de polícia comporta dois sentidos: um amplo e um estrito.

> *Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do ius novum, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF).*
>
> *Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.*

Em um conceito simplificado, poder de polícia é a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade[2].

Trata-se de prerrogativa de direito público da Administração, fundada em lei e que condiciona e restringe a liberdade e a propriedade dos indivíduos, em benefício do bem-estar da coletividade.

São atributos do Poder de Polícia:

*a) a **discricionariedade**, segundo a qual o administrador público poderá escolher, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, a alternativa mais adequada dentre as várias sanções previstas na norma;*

[1] Manual de Direito Administrativo, 30ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017, p.83.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit. p*. 84.

*b) a **autoexecutoriedade** das medidas, não sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para a execução dos atos materiais de polícia, a exemplo da interdição de estabelecimento. Ressalte-se que na cobrança de multas, não há a característica de autoexecutoriedade do poder de polícia.*

No que se refere à competência para o exercício do Poder de Polícia, esta é, em regra, da Pessoa Federativa a qual a Constituição conferiu o poder de regulamentar a matéria. Por se tratar de competência concorrente, em certos casos haverá o exercício do Poder de Polícia concomitantemente em diferentes níveis federativos.

No que se refere à possiblidade de delegação do Poder de Polícia a particulares, o aluno deve primeiro explicar que o Poder de Polícia pode ser originário ou delegado.

O Poder de Polícia originário é o exercido pela Administração Direta e o Poder de Polícia Delegado é o exercido pelos entes da Administração Indireta.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela indelegabilidade do exercício do Poder de Polícia a particulares, haja vista tratar-se de uma prerrogativa da Administração Pública decorrente do seu poder de império.

> *EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5°, 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.*

> *(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)*

No entanto, a posição majoritária da doutrina e que fora aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se distinguir os momentos, fases ou ciclos do Poder de Polícia. Estes, concretamente, são 4:

a) **Legislação ou ordem** – A administração pública edita atos normativos que restringem ou condicionam direitos. A edição destes atos depende diretamente da atuação do ente público, não podendo ser delegada, haja vista que o poder de polícia apenas poderá fundamentar-se em lei.

b) **Consentimento** – No consentimento de polícia, o Estado restringe o exercício de algumas atividades privadas ao prévio consentimento estatal, a exemplo da licença. Neste caso, o Estado apenas analisará se o particular preenche os requisitos elencados na norma jurídica. Este ciclo do poder de polícia poderá ser delegado;

c)**Fiscalização** – A fiscalização consiste em verificar se o particular está respeitando as normas postas. Se nessa fiscalização for verificado o descumprimento de norma por parte do particular, o Estado aplica a respectiva sanção. Os atos materiais de fiscalização podem ser delegados, a exemplo de radares eletrônicos existentes nas rodovias para fiscalizar o cumprimento das normas de trânsito;

d) **Sanção** – A sanção é uma punição que o Estado aplica ao particular que descumpre as normas de polícia. Segundo o STJ, este ciclo não pode ser delegado, eis que prejudicaria o bom funcionamento da administração pública (o particular que busca o lucro não pode assumir uma atividade de sanção, muito

menos a atribuição para analisar eventuais recursos contra as sanções aplicadas);

Em resumo, os atos relativos ao consentimento e fiscalização poderão ser delegado, sendo indelegáveis os atos relativos à normatização e sanção. Neste sentido:

> *ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por conseqüência o cumprimento do requisito do prequestionamento.*
>
> *2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).*
>
> ***3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.***
>
> ***4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).***
>
> ***5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.***
>
> ***6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.***
>
> *7. Recurso especial provido.*
>
> *(REsp 817.534/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009)*

4 - Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO.** 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO**. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

5 - Considerações Finais

Meus amigos, chegamos ao final de mais uma aula.

Espero que vocês tenham gostado! Quaisquer dúvidas, estou às ordens nos canais do curso e nos seguintes contatos:

profigormaciel@gmail.com

@ProfIgorMaciel

Grande abraço!

Igor Maciel

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.

1.

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.

2.

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).

3.

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).

4.

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).

5.

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).

6.

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

7.

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.

8.

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.

Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.