

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

PEÇA PROFISSIONAL

Superior Tribunal de Justiça, visto que a autoridade coatora é o ministro de Estado da Saúde. Além disso, a parte final do enunciado menciona que a publicação da portaria expulsória ocorreu há três meses e, portanto, dentro do prazo de cento e vinte dias previsto na Lei n.º 12.016/2009.

com pedido de tutela antecipada perante a justiça federal. O nome *juris* não tem relevância, devendo ser observada a pretensão desconstitutiva ou anulatória. Contudo, caso o(a) examinando(a) não tenha mencionado o pedido de liminar ou tutela antecipada de forma expressa, a omissão deve ser devidamente descontada no item 3 (Domínio do raciocínio jurídico).

Identificação do impetrante (**opção 1**) ou do autor (**opção 2**).

Identificação dos impetrados (**opção 1**: Ministro de Saúde e União*) ou do réu (**opção 2**: União).

* Na condição de impetrados deve figurar tanto o ministro de Estado de Saúde como a União. O ministro de Estado da Saúde, visto que a insurgência deve ocorrer em face da portaria de demissão, e não, do indeferimento irregular praticado pela comissão de processo administrativo disciplinar. Também deve ser indicada a pessoa jurídica que a autoridade coatora integra, que é a União (art. 6.º, *caput*, da Lei n.º 12.016/2009).

Mérito: não configurado o abandono de cargo por inexistir *animus abandonandi*, visto que o servidor apenas se ausentou do serviço em decorrência de mandado de prisão preventiva que fora expedido contra ele e, posteriormente, considerado ilegal. O artigo 138 da Lei n.º 8.112/1990 exige, para a configuração do abandono, que a ausência do servidor seja intencional, com ânimo de abandonar o serviço, o que não ocorreu, visto que, de fato, a vontade do servidor foi evadir-se da prisão. Tanto assim que, tão logo concedido o *habeas corpus*, o servidor retornou ao exercício do cargo. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. *ANIMUS ABANDONANDI*. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA CONTRA O IMPETRANTE. FALTAS MOTIVADAS PELA FUGA APÓS A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. ILEGALIDADE DA CUSTÓDIA RECONHECIDA POR ESTA CORTE SUPERIOR EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. EFEITOS PATRIMONIAIS E CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO, PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS, A PARTIR DA DATA DO ATO IMPUGNADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o *animus abandonandi* do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo.

2. No caso, não se constata o ânimo específico do impetrante de abandonar o cargo, tendo em vista que, por reputar ilegal a sua custódia cautelar, optou por furtar-se à execução da ordem de prisão, a fim de, em liberdade, provar a ilegalidade da segregação — o que, inclusive, foi posteriormente reconhecido pela Sexta Turma deste Superior Tribunal em *habeas corpus* concedido em seu favor — ficando, por conseguinte, impossibilitado de comparecer ao seu local de trabalho.

3. Ademais, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “É legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter a prisão cuja legalidade pretende contestar.” (HC 87.838/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ de 04/08/2006)

4. No tocante ao pedido do impetrante para que seja determinado o pagamento dos vencimentos retidos a partir da sua apresentação espontânea ao trabalho, a qual, segundo alega, teria ocorrido antes do ato demissional, verifica-se que não há nos autos documentos hábeis a comprovar o momento em que a referida apresentação se deu.

5. Desse modo, ressalvadas as vias ordinárias, deve prevalecer o entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que, "Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90." (MS 12.991/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, terceira seção, julgado em 27/05/2009, DJe 03/08/2009)

6. Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado.

7. Concessão parcial da ordem para determinar a reintegração do impetrante no cargo que ocupava, com o reconhecimento das vantagens financeiras e cômputo do tempo de serviço, para todos os efeitos legais, a partir da data do ato impugnado.

(MS 12.424/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 11/11/2009)

Houve ilegalidade quando a comissão disciplinar foi formada por apenas dois membros, ao passo que o correto seria sua composição com três membros, estáveis, seguindo o mandamento do art. 149 da Lei n.º 8.112/1990. Afrontou-se, dessa forma, o princípio do *due process of law*.

A previsão do rito sumário para apuração do abandono de cargo não impede a produção de provas. O rito é sumário, mas a cognição deve ser plena. Visando proteger os princípios do contraditório e da ampla defesa, o indeferimento apenas pode ocorrer caso a prova não seja pertinente, o que não foi o caso, visto que se tratava de provas que poderiam afastar a materialidade do delito administrativo. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR INASSIDUIDADE HABITUAL AO SERVIÇO (ARTS. 132, III E 139 DA LEI Nº 8.112/90). PROCEDIMENTO SUMÁRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CARACTERIZAÇÃO. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA. COMUNICAÇÃO EXTEMPORÂNEA. AVERIGUAÇÃO DO *ANIMUS* ESPECÍFICO. EFEITOS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA.

I – A Constituição Federal de 1988, no art. 5.º, LIV e LV, consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa.

II – O direito à produção de provas não é absoluto, podendo o pedido ser denegado pelo Presidente da Comissão quando for considerado impertinente, meramente protelatório ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. *In casu*, o indeferimento do pleito de produção de provas baseou-se, exclusivamente, no fato de que o processo administrativo submetido ao procedimento sumário só possibilitaria ao acusado apresentar a defesa por escrito e dentro do prazo estabelecido por lei, não lhe sendo facultado requerer outros meios de prova, em patente ofensa à ampla defesa.

III – A intenção do legislador — ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual — foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei n.º 8.112/90 — art. 133, § 8.º — prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar.

IV – A comunicação do indeferimento da prova requerida deve operar-se ainda na fase probatória, exatamente para oportunizar ao servidor a interposição de eventual recurso contra a decisão do Colegiado Disciplinar, sendo defeso à Comissão indeferi-lo quando da prolação do relatório final.

V – Em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou na inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o *animus* específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia.

VI – A teor do disposto nos verbetes sumulares 269 e 271 do Pretório Excelso, a via do mandado de segurança é distinta da ação de cobrança, pois não se presta para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos

VII – Segurança parcialmente concedida para anular o ato demissionário, com a conseqüente reintegração do impetrante no cargo que ocupava.

(MS 7.464/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 12/03/2003, DJ 31/03/2003 p. 144)."

Deve-se destacar a presença dos requisitos indispensáveis à concessão da liminar ou da tutela antecipada. O *fumus boni iuris* já está expresso na demonstração de inobservância ao disposto no art. 149 da Lei n.º 8.112/1990 e não houve intenção do servidor de abandonar o trabalho. O *periculum in mora*, por sua vez, se apoia na necessidade de o servidor ser reintegrado prontamente ao cargo, em razão de suas perdas financeiras.

Deve-se requerer que sejam prestadas as devidas informações pela autoridade apontada como coatora e a entidade da qual ele faça parte e a oitiva do Ministério Público (no mandado de segurança) / a

intimação da União ou do seu representante (na ação ordinária); a concessão da liminar/tutela antecipada para declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar e determinar a reintegração do servidor no cargo público e, no mérito, a concessão da ordem para, em caráter definitivo, reconhecer o direito do impetrante/autor ao devido processo administrativo e à consequente reintegração ao cargo pleiteado.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 1

Deve-se, primeiramente, apontar a norma inserta no art. 87, § 3.º, da Lei de Licitações, que atribui a ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal competência para a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública.

A seguir, deve-se identificar que, independentemente de a decisão retroagir ou não, as causas que ensejam a rescisão unilateral do contrato administrativo podem ser aplicadas a qualquer tempo, havendo, sim, possibilidade de rescisão dos contratos em curso, com fundamento em uma das causas previstas no art. 78 da referida lei, mormente em seu inciso XII. Assim, conforme a gravidade dos motivos que levaram o ministro a declarar a inidoneidade da empresa, poderia a administração invocar, por exemplo, relevante interesse público para rescindir os contratos vigentes, com fundamento no art. 78, XII, da Lei n.º 8.666/1993.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 2

Poderá o município utilizar-se do direito de preempção, de acordo com o previsto no inciso VIII do art. 26 da Lei n.º 10.257/2001. No entanto, deverá haver lei municipal que, baseada no plano diretor do município, identifique o imóvel que será objeto da preempção, conforme determinação do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Assim dispõe a Lei nº 10.257/2001:

“Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1.º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

(...)

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1.º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.”

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 3

Cuida-se de acumulação ilegal de cargos públicos, dado que não há compatibilidade de horário para o servidor que exerce dois cargos no regime de 40 horas semanais.

Não é regular o desconto da remuneração percebida pelo servidor em acúmulo ilícito de cargos públicos, se configurada sua boa-fé. A Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no artigo 133, *caput* e § 5.º, assegura ao servidor que acumula cargos ilicitamente o reconhecimento de sua boa-fé, caso opte por um dos cargos, antes da instauração do processo ou após a instauração, até o término do prazo de defesa.

Na hipótese, restou configurada a boa-fé, visto que o servidor optou por um dos cargos no primeiro momento, antes mesmo da instauração do processo. Caracterizada a boa-fé, não pode o servidor sofrer efeitos prejudiciais da conduta tida como irregular. Destarte, não é cabível o desconto de remuneração relativa ao período em que o servidor acumulava ilicitamente cargos públicos. É o entendimento exarado no aresto infratranscrito:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO.

1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva.

(...)

3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.

(...)

(MS 26085, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-02 PP-00269 RTJ VOL-00204-03 PP-01165)

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 4

Deve-se destacar que a licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é passível de anulação (na hipótese de ilegalidade) ou de revogação (por razões de conveniência e oportunidade).

A administração pública, de acordo com o art. 49 da Lei n.º 8.666/1993, tem o dever de anular o procedimento licitatório quando constatada a ocorrência de ilegalidade. O STF também já firmou entendimento no sentido da possibilidade de a administração pública anular seus atos quando eivados do vício da ilegalidade (Súmulas n.ºs 346 e 473).

O ato de homologação bem como o de adjudicação não conferem à empresa vencedora do certame o direito líquido e certo de contratar com o poder público, visto que a adjudicação constitui, apenas, o ato pelo qual a administração pública atribui ao vencedor o objeto da licitação.

Também não há fundamento para o pedido de indenização. Isso porque, uma vez constatada a ocorrência de ilegalidade, não imputada à própria Administração, não há que se falar em direito do licitante à indenização. O § 1.º do art. 49 da Lei n.º 8.666/1993 é expresso ao consignar que a anulação do procedimento licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2009.3

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicação: 18/4/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 5

Deve-se destacar que o ressarcimento ao erário não implica anistia do ato de improbidade, mas dever dos agentes. Isso porque, nos termos do art. 12 da Lei n.º 8.429/1992, se os agentes não promoverem o ressarcimento de forma espontânea, são compelidos a fazê-lo pela sentença condenatória.

Assim, ainda que haja o integral ressarcimento do dano patrimonial ao erário, tal fato não elide a condenação dos agentes ímprobos no tocante às demais sanções previstas na lei de improbidade administrativa. Com efeito, a Lei n.º 8.429/1992 tem por finalidade precípua coibir, punir e afastar da atividade pública os agentes que praticam condutas incompatíveis com o cargo público ocupado. Nesse sentido, o art. 12 do aludido diploma legal estabelece, para cada uma das condutas descritas na lei, as respectivas sanções cabíveis. Para todas as condutas descritas encontra-se prevista a sanção de “ressarcimento integral do dano, quando houver”.

Dessa forma, a reparação do dano é o mínimo a ser atendido pelo agente diante da prática de um ato de improbidade que configure lesão ao erário. Tal atitude, todavia, não elide as demais sanções previstas nos incisos do referido art. 12, pois a reparação do prejuízo não constitui, por si só, elemento suficiente para atender ao espírito da Lei n.º 8.429/1992, sob pena de esvaziamento da sua própria essência, visto que tem como um de seus principais objetivos inibir a reiteração da conduta ilícita. Portanto, embora seja certo que as sanções constantes do art. 12 do diploma legal não são necessariamente aplicáveis cumulativamente, também é verdade que, diante do ato de improbidade, a sanção não pode limitar-se ao ressarcimento dos danos, embora a autoridade julgadora deva, com fundamento na proporcionalidade e razoabilidade, considerar o ressarcimento quando da dosimetria da sanção a ser imposta.

Deve-se, portanto, destacar que a hipótese não é de extinção do processo.