



Coleção PREPARANDO PARA CONCURSOS

Questões Discursivas comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

Coordenador: **Moisés de Andrade**

PROCURADORIA- GERAL DO ESTADO

PROCURADOR ESTADUAL

4ª edição

revista e atualizada

2019



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO ADMINISTRATIVO

MOISÉS DE ANDRADE

1. AGENTES PÚBLICOS

(FCC/PGE/SP/Procurador/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.

Autor: MOISÉS DE ANDRADE

Direcionamento da resposta

O primeiro ponto aqui é responder de forma direta que a **gestante**, mesmo que ocupante de cargo exonerável “ad nutum”, **goza de estabilidade provisória**. Trazendo os complementos pedidos pela questão, deve-se mencionar que a jurisprudência do STF vem no sentido apontado, podendo ser citado o **RE 420.839/DF** (DJ 26.4.2012)¹. Vale lembrar que tal assunto consta como tema 542 de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, até o momento ainda não julgado, tendo como Leading Case o RE 842.844/SC.

Por fim, mencione o art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois é o dispositivo que garante a estabilidade provisória à gestante.

Proposta de resposta

A Administração pública não pode exonerar servidora gestante, ainda que esta ocupe cargo exonerável “ad nutum”.

Por um lado, o art. 37, II, da Constituição Federal diz que os cargos em comissão são de livre exoneração, mas, por outro lado, o art. 10, II, “b” do Ato das

1. “As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT”.

Disposições Constitucionais Transitórias garante à gestante direito à estabilidade provisória.

Julgando o conflito aparente entre estes dois dispositivos, **o Supremo Tribunal Federal decidiu que a proteção à maternidade e à dignidade do nascituro deveria prevalecer sobre a liberdade conferida ao administrador.** Assim, restou estabelecida a prevalência da estabilidade provisória no caso em pauta, gerando uma limitação à discricionariedade administrativa tradicionalmente vista nas nomeações e exonerações de cargos em comissão.

Com efeito, tais cargos não perdem a natureza de transitoriedade de sua ocupação, inclusive porque a condição gravídica é também transitória. O que se buscou com tal entendimento foi tão somente proteger a mãe e o nascituro, evitando que pudessem ficar repentinamente desamparados quanto ao aspecto financeiro.

Ademais, a proteção aqui verificada é concedida a todas as gestantes, indiscriminadamente, não sendo plausível criar uma exceção para as ocupantes de cargo em comissão. Basta lembrar, exemplificando, que uma empregada privada também pode ser demitida livremente, em regra, devendo o empregador tão somente pagar os valores legalmente devidos. Ora, se a elas é garantido o direito à estabilidade, onde já não basta o mero pagamento das verbas rescisórias, não faria sentido que outra espécie de trabalhadora não tivesse o mesmo direito.

Por oportuno, vale ressaltar que esta lógica também vale para a ocupante de cargo em comissão que esteja no gozo de licença maternidade, inclusive em razão da incidência do art. 7º, XVIII, combinado com o art. 39, § 3º, da Constituição Federal.

////////////////////////////////////
(PGE/RJ/Procurador/2012) *Procurador do Estado aposentado em 1995 prestou novo concurso público e, em 1996, foi aprovado para o cargo de Procurador da República, tomando posse e entrando em exercício no mesmo ano. Passados mais de dez anos e após completar 70 (setenta) anos de idade, apresentou requerimento administrativo à Procuradoria Geral do Estado, formulando os seguintes pedidos alternativos: (1º) percepção simultânea dos proventos dos cargos de Procurador do Estado e de Procurador da República; (2º) emissão de certidão de tempo de contribuição relativa ao período em que foi Procurador do Estado com o objetivo de averbação deste tempo junto ao órgão federal para fins de percepção de aposentadoria mais vantajosa no cargo de Procurador da República. Na condição de Procurador do Estado, analise fundamentadamente os requerimentos formulados.*

Autor: MOISÉS DE ANDRADE

Direcionamento da resposta

A questão exige o conhecimento da Emenda à Constituição (EC) n. 20/98, especialmente de seu **art. 11**, e do instituto da **desaposentação**.

O primeiro requerimento encontra óbice no citado art. 11, motivo pelo qual não é viável. O segundo pedido pressupõe a figura da desaposentação, exigindo que o requerente renuncie à aposentadoria como Procurador do Estado, mas permitindo que ele obtenha certidão de tempo de contribuição relativa ao período em que foi Procurador do Estado com o objetivo de averbação deste tempo junto ao órgão federal. Assim, apenas o segundo requerimento pode ser atendido.

Sobre o tema desaposentação, no fim de 2016 o Pleno do STF decidiu pela inviabilidade de tal instituto, em julgamento que abarcou o julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 381367, relatados pelo ministro Marco Aurélio, 661256 e 827833, ambos relatados pelo ministro Luís Roberto Barroso. Até o momento do fechamento desta edição não há acórdão publicado quanto a estes julgados.

Proposta de resposta

A avaliação dos requerimentos formulados exige a análise da Emenda à Constituição (EC) n. 20/98, especialmente de seu art. 11, e do instituto da desaposentação.

Verifica-se que, num primeiro momento, o Procurador em questão passou a acumular proventos de aposentadoria com remuneração de atividade em cargo público, isto em momento anterior à Emenda supracitada. Embora não fosse pacífica tal possibilidade, a EC 20/98 consolidou as situações preexistentes, tal como ocorre no caso em tela.

Porém, atingida a idade da aposentadoria compulsória, o primeiro requerimento formulado questiona a possibilidade de **acumulação de dois proventos** derivados de cargos não acumuláveis na atividade. Tal pedido é juridicamente inviável, pois encontra **óbice expresso no retro mencionado art. 11 da EC 20/98**.

Verificada a impossibilidade de dar atendimento ao primeiro requerimento, cumpre analisar o segundo.

No segundo pedido, o requerente pretende que seja emitida certidão do tempo de contribuição relativo ao período em que foi Procurador do Estado, isto com o objetivo de averbar este tempo junto ao órgão federal e, com isso, obter aposentadoria mais vantajosa no cargo de Procurador da República.

Tal requerimento, constatada a inviabilidade do primeiro pedido, pressupõe a renúncia à aposentadoria como Procurador do Estado, configurando a hipótese de **desaposentação**, que pode ser conceituada como a possibilidade do segurado **renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso**, isto mediante a soma de seu tempo de contribuição anterior com seu tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria.

Quem considera a desaposentação possível, entende que a aposentadoria é um direito disponível e, portanto, renunciável. Havendo a renúncia, revela-se cabível o uso do respectivo tempo de contribuição para a obtenção de nova aposentadoria. Caso contrário, o requerente perderia, para efeito de aposentação, todo o período de contribuição anterior, o que configuraria flagrante injustiça.

Porém, **no fim de 2016, o Pleno do STF decidiu pela inviabilidade de tal instituto**, em julgamento que abarcou o julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256 e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

Prevaleceu o entendimento de que a Constituição da República traz expressamente que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como seria o caso da desaposentação. Assim, inexistindo previsão legal de desaposentação, tal figura jurídica foi considerada inconstitucional.

Desta forma, o segundo requerimento também deve ser indeferido.

(PGE/MS/Procurador/2015) O Estado de Mato Grosso do Sul, sustentado em razões fáticas e jurídicas existentes naquele momento, determinantes e adequadas para a solução dada, expede ato administrativo de remoção do Sr. José Particular da Silva, sem, contudo, expor formalmente tais motivos de fato e de direito. O Sr. José Particular da Silva procura advogado que impetra mandado de segurança, cujas razões de pedir estribam-se unicamente na ausência de motivação do ato administrativo, argumentando ser absolutamente nulo por desrespeito à necessidade intransponível de motivação dos atos administrativos. Diante do caso exposto, atentando-se para a falta do requisito “motivação” previamente à expedição do ato, responda:

- (a) Com a judicialização do caso pelo interessado, existe controvérsia na doutrina sobre a adoção de medida sanatória pela Administração Pública?
- (b) Você, Procurador do Estado, com fulcro na jurisprudência, o que alegaria em sede de informações a serem prestadas em juízo para a defesa do

ato? (Não é necessário que se faça a peça processual, mas apenas apresente, argumentativamente, a tese jurídica que entende idônea).

Autor: MOISÉS DE ANDRADE

Direcionamento da resposta

Quanto à **primeira pergunta**, ao questionar sobre a existência de controvérsia, considerando que poucos temas jurídicos doutrinários são absolutamente pacíficos, a banca já indica que há posições divergentes sobre a possibilidade de convalidação após a judicialização do caso (alguns autores defendem que é possível, outros que não, conforme será visto na proposta de resposta).

Em casos assim, vale reforçar que é salutar trazer as teses controversas, com suas respectivas fundamentações. **Nesta parte da questão, o examinador não pede um posicionamento**, motivo pelo qual é suficiente embasar as duas posições existentes sobre o assunto.

Por oportuno, salienta-se que estão entre aqueles que defendem a impossibilidade Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho. Já entre os que admitem a convalidação neste caso, tem-se como exemplo, tudo conforme mencionado no padrão de resposta da banca examinadora, Raquel Melo Urbano de Carvalho.

Já a **segunda pergunta** pede um texto voltado para a **defesa do ato** que foi impugnado judicialmente. Aqui o examinando deve trazer os fundamentos que justifiquem a apresentação de motivação *a posteriori*, ainda que apenas nas informações prestadas pela autoridade coatora no mandando de segurança, defendendo a legalidade do ato praticado. Ressalte-se que **este posicionamento já foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça**².

2. 2. “Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o ato administrativo de remoção deve ser motivado” (AgRg no REsp 1.376.747/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 5/6/13).

3. Os atos de remoção *ex officio* dos servidores restam convalidados pela demonstração, ainda que postergada, dos motivos que levaram o agente público à prática daqueles atos. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: MS 11.862/DF, Rel. p.º Ac. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 25/5/09; REsp 1.331.224/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 26/2/13.

4. A possibilidade de motivação ulterior dos atos administrativos discricionários encontra respaldo, ainda, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*: “[...] nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior” (*In “Curso de Direito Administrativo”, 25.ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 395*). (AgRg no RMS 40.427-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2013).

Proposta de resposta

(a) Há controvérsia sobre a possibilidade de convalidação de um ato administrativo após a impugnação judicial ou administrativa deste.

Parte da doutrina entende não ser possível adoção de medida sanatória após a impugnação do ato (exceto se for o caso de irrelevante formalidade).

Quem advoga tal tese, afirma que admitir tal hipótese tornaria inútil a própria possibilidade de impugnação, visto que a Administração poderia emitir atos ilegais sem se sujeitar “ex officio” à ordem jurídica, podendo apenas eliminar “a posteriori” os vícios que fossem eventualmente objeto de impugnação. Em outras palavras **arguir o vício não teria utilidade, pois a extinção dos efeitos ilegais acabaria por depender da mera vontade da Administração** e não do dever de obediência à ordem jurídica.

Ademais, afirma-se que os **princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança**, se por um lado direcionam para a convalidação espontânea de um ato viciado, por outro lado impedem que seja alterado um ato impugnado antes que decidido a respeito da impugnação.

Há, porém, **parcela da doutrina que admite a convalidação de um ato administrativo após a impugnação** judicial ou administrativa. Para quem defende tal direcionamento, **não se vislumbra fundamento jurídico para que a mera impugnação seja motivo de decadência** do poder-dever da Administração de convalidar um vício passível de correção.

Pode-se, no mesmo sentido, afirmar que a própria ideia de eficiência administrativa e de boa-fé pode levar o Poder Público a convalidar um ato impugnado da forma mais célere possível, sem os gastos e contratempos de um processo administrativo ou judicial.

(b) Como Procurador do Estado, alegaria nas informações prestadas que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que atos de remoção “ex officio” restam convalidados pela demonstração, ainda que postergada, dos motivos que levaram o agente público à prática daqueles atos.

Deste modo, traria aos autos os **motivos fáticos e jurídicos** que levaram à remoção, demonstrando serem **previamente existentes, idôneos e determinantes** para justificar o ato administrativo expedido.

Assim, cabe arguir que não há propriamente ausência de motivação do ato, mas apresentação “a posteriori” desse requisito. Desta forma, tem-se que a apresentação de motivação no momento em que se presta informações num mandado de segurança impetrado exatamente por falta de motivação acaba por convalidar o vício apontado pelo impetrante, produzindo efeitos “ex tunc”.

Portanto, não mais subsiste interesse processual, esgotando-se qualquer necessidade da prestação jurisdicional.

Cumpra destacar que esta hipótese de apresentação da motivação no momento da prestação de informações em mandado de segurança é também admitida pelo STJ.³

(PGE/MS/Procurador/2015) Secretário de Estado consulta a Procuradoria Geral do Estado (PGE/MS) sobre a legalidade de pagamento de contraprestação pecuniária por aulas ministradas na Escola de Saúde Pública (ESP), à servidora, ocupante do cargo de médico e nomeada em cargo em comissão de Direção. Indaga o consulente sobre a possibilidade de realizar esse pagamento porque a servidora, no cargo em comissão, recebe verba pecuniária de dedicação exclusiva e as referidas aulas foram ministradas durante o expediente de trabalho. Constatam nos autos: (a) que a servidora é convidada a ministrar aulas na ESP sem vínculo empregatício; (b) que existe decreto regulamentando o pagamento de horas-aula para instrutores que possuem cargo ou emprego público no Estado e também prevendo termo de compensação de jornada; (c) que a ESP é uma unidade de ensino da Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul com o objetivo de executar as ações de desenvolvimento de Recursos Humanos para o Sistema Único de Saúde (SUS) e que não possui quadro docente próprio. Diante dessa consulta, elabore, como Procurador do Estado, a fundamentação jurídica e a conclusão para orientação à autoridade consulente.

Autor: MOISÉS DE ANDRADE

Direcionamento da resposta

Em enunciados como este torna-se importante isolar a questão central formulada e as informações trazidas.

3. 1. Sabe-se que "o princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço" (RMS 12856/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 01/07/2004, p. 214).
 2. Todavia, na hipótese em apreço, o ato atacado, o **qual ordenou a remoção do servidor (...), encontra-se dotado do seu motivo justificador, embora de forma postergada** e, conforme observado pela corte de origem, as razões que levaram o agente público à prática do ato não eram viciadas de favoritismos e perseguições, de modo que o ato não poderia ser invalidado.
 3. Nessa linha, desde a apresentação das informações pela autoridade impetrada nos autos do mandado de segurança não mais subsiste interesse processual do recorrente, vale dispor, esgotou-se qualquer necessidade da prestação jurisdicional para condenar a autarquia à obrigação de fazer consistente na motivação do ato impugnado.
- (REsp 1.331.224/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 26/2/13)

Assim, a **questão a ser respondida** é se é lícito o pagamento de contraprestação pecuniária, por aulas ministradas na Escola de Saúde Pública, a servidora ocupante do cargo de médico e nomeada em cargo em comissão de Direção.

São outras **informações relevantes que devem ser isoladas**:

- 1) a servidora recebe, no cargo em comissão que ocupa, verba pecuniária de dedicação exclusiva;
- 2) as aulas foram ministradas durante o expediente de trabalho;
- 3) a servidora é convidada a ministrar aulas na ESP sem vínculo empregatício;
- 4) existe decreto regulamentando o pagamento de horas-aula para instrutores que possuem cargo ou emprego público no Estado e também prevenindo termo de compensação de jornada;
- 5) a ESP é uma unidade de ensino da Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul que não possui quadro docente próprio.

O quadro apresentado é comum em diversos órgãos públicos brasileiro, onde servidores atuam eventualmente como instrutores nas escolas criadas especialmente para a formação de servidores do ente federado e difusão do conhecimento ali produzido. É da própria razão de ser destas escolas que surge a preferência pela atuação eventual de servidores que conhecem o cotidiano administrativo em detrimento da contratação de meros professores em período integral.

A proposta de resposta analisará a questão central formulada à luz dos tópicos trazidos no enunciado, procurando trazer elementos que demonstrem à banca o conhecimento do examinando.

Proposta de resposta

Inicialmente convém salientar que a permissão para que o servidor público possa desempenhar atividade de ensino de forma eventual não se relaciona com a acumulação de cargos ou empregos públicos de que trata o inciso XVI do art. 37 da Constituição da República.

Para a caracterização de acumulação de cargos ou empregos públicos é necessária a investidura ou ao menos (tratando da hipótese de exercício irregular do cargo ou emprego) uma relação contínua de trabalho, o que não se verifica no caso em tela.

Dito isto, cabe apontar que, no regime de dedicação exclusiva, é vedado exercer atividades tanto públicas quanto privadas de caráter empregatício. Isto

é trata-se de vedação mais ampla que a previsão constitucional acima mencionada. Porém, tal regime não impede a realização de atividades remuneradas esporádicas, sem vínculo empregatício, desde que sem prejuízo das atividades do cargo e do horário de trabalho.

Outro ponto a ser observado é que as atividades de ensino realizadas não podem estar inseridas no rol de atribuições do servidor, pois neste caso ele deveria desenvolvê-las no âmbito de sua atuação ordinária.

No caso em pauta, o fato de que as aulas foram ministradas durante o expediente de trabalho não constitui óbice invencível, podendo haver a compensação de horas, desde que haja autorização específica de superior hierárquico.

Por certo, atividades como a que se analisa não podem, no âmbito do Poder Público, ser desenvolvidas sem expressa previsão normativa, o que aqui se verifica com a existência de decreto regulamentador da situação.

Por fim, cumpre ressaltar que instituições como a ESP, criadas especialmente para a formação de servidores e difusão do conhecimento produzido pelo Poder Público, trazem em sua gênese a prática de utilizar de forma eventual servidores como instrutores que conhecem o cotidiano administrativo (exatamente porque dele não se desvinculam).

Assim, tem-se que o pagamento de contraprestação pecuniária na situação apresentada é lícito.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS

//////////
(PGE/RJ/Procurador/2012) Considerando o disposto no art. 8º da Lei Federal n. 9.074, de 7.7.95, conceitue o instituto de controle administrativo nele contemplado, indicando os seus princípios orientadores, os seus campos preferenciais de emprego, bem como o que representa, positiva ou negativamente, para a Administração Pública.

Autor: MOISÉS DE ANDRADE

Direcionamento da resposta

Preliminarmente, cabe registrar que o dispositivo legal citado no enunciado foi recentemente alterado pela Lei nº 13.097/2015, mas a nova redação não prejudica esta questão e sua respectiva resposta.

Este é um tipo de questão comum na PGE/RJ, visto que explora um tema bem específico. O artigo citado traz uma **hipótese de atividade comunicada**, que são atividades que devem ser informadas à administração pública.

Tais atividades não se caracterizam como serviço público, mas como atividade privada, por isso seus **princípios norteadores** são aqueles relativos à ordem econômica, cabendo mencionar o princípio da eficiência quanto ao aspecto da atuação do Estado.

Como tangenciado acima, os **campos preferenciais de emprego** do instituto são as atividades econômicas de interesse geral.

Por fim, é importante ressaltar que a PGE/RJ tende a ver com bons olhos estes instrumentos que tornam a ação estatal mais subsidiária, motivo pelo qual é interessante destacar como **aspectos positivos** as liberdades e ganhos de eficiência trazidos por tal modelo. Os **aspectos negativos**, no presente caso, estariam mais ligados ao mau uso do instituto.

Proposta de resposta

O art. 8º da Lei Federal nº 9.074/95 traz uma hipótese de **atividade comunicada**. Enquadram-se neste instituto as **atividades que devem ser informadas à administração pública**, possibilitando o registro de dados e a adoção de providências de polícia administrativa.

As atividades comunicadas têm como **campo preferencial de emprego** o conjunto das atividades que, embora de interesse geral, não se enquadram como serviço público e não estão sujeitas a concessão, permissão ou autorização.

Estão primordialmente no campo de incidência de tal instituto os chamados **serviços de interesse econômico geral**, que estão no âmbito da livre iniciativa, são desenvolvidos em regime privado, mas sujeitam-se a uma fiscalização estatal mais rigorosa.

Considerando a natureza das atividades onde há incidência deste instituto, podem ser colocados entre os **princípios orientadores** das atividades comunicadas aqueles elencados como princípios da ordem econômica, conforme previsto no art. 170 da Constituição Federal. Destaca-se, por certo, o princípio da livre iniciativa, visto que tais atividades não estão sujeitas a delegação ou autorização do Estado.

Outro princípio que pode ser considerado como orientador do uso das atividades comunicadas é o princípio da eficiência. Com efeito, ao manter a liberdade de atuação no mercado ao mesmo tempo em que exige a comunicação ao Poder Público, o instituto em análise representa um incremento à competição com vistas à eficiência na atuação estatal.