

Coleção
Preparando
para concursos



Questões
discursivas
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

Coordenador
Renato Siqueira De Pretto

por carreira

MAGISTRATURA ESTADUAL TJSP

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
JUIZ ESTADUAL

5ª edição

Revista e atualizada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. AGENTES PÚBLICOS

(TJ/SP/Juiz/2013/184º_Concurso) Valores recebidos por servidor público indevidamente, por força de decisão judicial não definitiva, segundo firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, são passíveis de restituição, nos termos do disposto no artigo 46 da Lei Federal nº 8.112/90? A mesma solução será dada, ainda de conformidade com a orientação jurisprudencial do STJ, no caso de pagamento indevido, fundado em erro contábil ou de interpretação errônea de uma lei? Fundamente.

Direcionamento da resposta

Nesta questão o candidato deverá referir-se à exigência do art. 46 da Lei 8.112/90 sobre a reposição de valores ao erário pelo servidor que os recebeu indevidamente, ou em decorrência de decisão “*initio litis*”, depois revogada, e analisar o procedimento administrativo para o desconto, bem como o abrandamento da rigidez da norma pela hermenêutica.

Sugestão de resposta

O art. 46 da Lei 8.112/90 prevê reposição de valores ao erário pelo servidor em decorrência de cumprimento de decisão liminar, de tutela antecipada ou de sentença que venha a ser revogada ou rescindida.

Mas os descontos em folha de pagamento do servidor público só poderão ser procedidos após o devido processo legal em que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF, e Súmula 63 da AGU, de 14/05/12), e não houver dúvida sobre a quantia a ser reposta.

Mesmo assim, a jurisprudência vem abrandando a rigidez da norma e relega a restituição em casos de reconhecimento da boa-fé e quando houver a devida prestação do serviço¹.

1. Hoje a jurisprudência do STJ vacila e há julgados entendendo o dever de o beneficiário devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada, pois “se trata de um direito precário” (STJ, REsp 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1.416.294-RS, Rel. Min. Humberto Martins).

Na segunda parte da questão, pagamento indevido, fundado em erro contábil ou de interpretação errônea de uma lei, transparece a boa-fé do beneficiado. Deve-se, ainda, levar em conta o decurso do tempo que faz incidir a prescrição, com a Administração só podendo anular seus atos de que decorram de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários em cinco anos (Lei 9.784/99, art. 54; e Decreto 20.910/32).

2. ATOS ADMINISTRATIVOS

(TJ/SP/Juiz/2017/187º_Concurso) Considerando-se o regime jurídico administrativo e os princípios da separação dos poderes e do controle jurisdicional dos atos administrativos, responda, justificadamente: (a) Há diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade? (b) Há competência discricionária no âmbito do direito administrativo sancionador? (c) É possível o controle jurisdicional para revisão ou substituição da sanção aplicada pela Administração Pública?

Autor: Francisco Vicente Rossi

Direcionamento da resposta

Discorrer resumidamente sobre os princípios da separação dos poderes e a função precípua do Legislativo, Executivo e Judiciário, dando ênfase ao papel do Judiciário no controle jurisdicional dos atos administrativos. Definir conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade. Falar do poder vinculado e do poder discricionário, bem como do controle do poder judiciário sobre eles, para chegar no controle exercido no âmbito do direito administrativo sancionador.

Sugestão de resposta

A preocupação com a divisão das tarefas estatais vem dos gregos (Platão e Aristóteles), retomada por Locke e consolidada por Montesquieu, que apresentou a distribuição clássica adotada pelos Estados modernos: Legislativo, Executivo e Judiciário, marcada pela distinção das três funções estatais: legislação, administração e jurisdição, atribuídas a três órgãos autônomos e independentes entre si, que as desempenharão com exclusividade, cada qual mantendo sua especialização funcional e sua independência orgânica.

O Poder Judiciário é o último árbitro da legalidade e para sua concretização controla todas as atividades estatais, cabendo-lhe o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Quanto às questões formuladas:

- a) A lei, ora impõe delimitações precisas, claras e objetivas à prática dos atos administrativos, prevendo seus elementos ou requisitos (competência, finalidade, forma, objeto e motivo), ora reveste-se de fluidez, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, deixando à escolha do administrador o objeto e o motivo do ato, dando-lhe decidir sobre o mérito administrativo, sobre sua conveniência e oportunidade. No primeiro caso, há o exercício do poder vinculado e no segundo, do poder discricionário².

Quando a lei não deixa opções à Administração Pública, prevê todos os requisitos e condições do ato administrativo e tipifica o único comportamento possível diante de hipótese preestabelecida em termos objetivos, há o ato vinculado ou regrado. Mas, muitas vezes, a lei deixa margem de liberdade de decisão perante o caso concreto, podendo a Administração optar por uma dentre as várias soluções possíveis, admitidas pelo direito, ficando ao seu critério a decisão sobre a oportunidade, conveniência ou justiça do ato. Aqui, trata-se de ato discricionário.

Os conceitos jurídicos indeterminados são os que exprimem noções vagas onde inexistente certeza de que a hipótese corresponde à previsão abstrata da lei³.

Mas, a discricionariedade não existirá se houver elementos objetivos que permitam a delimitação do conceito jurídico indeterminado, chegando a uma

-
2. “A lei (...) ora traz em si delimitações rigorosas, objetivas, inconfundíveis, ora abriga em seu bojo a indeterminação, a fluidez dos conceitos práticos. A discricionariedade assistiria precisamente neste último campo, ao passo que a vinculação teria residência no primeiro”, Celso Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 24. ed., SP: Malheiros, p. 940, acompanhando as lições de Afonso Rodrigues Queiró).
3. Conceito indeterminado – “Aquele cujo conteúdo e extensão são incertos”, Maria Helena Diniz, “Dicionário Jurídico”, I, SP: Saraiva, 1998, p. 721.) E, justamente por padecerem de imprecisão, ligam-se à discricionariedade do administrador, caracterizada pela sua liberdade de escolha, para se chegar a uma solução apta para satisfazer a finalidade da lei. Nota de rodapé: *Conceito indeterminado e poder administrativo disciplinar: “Valoração de conceitos vagos ou indeterminados: é possível que a lei, para se referir à infração utilize-se de conceitos pouco precisos. Ex.: será punido o servidor que cometer ‘falta grave’. Ora tal juízo necessita de valoração que precise com exatidão a extensão e o alcance da expressão ‘falta grave’. Necessário a discricionariedade ao administrador para definição da ocorrência ou não de falta grave”*. Licínia Rossi, “Manual de Direito Administrativo”, 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 112.

única solução válida diante do direito; já, se para delimitar o conceito, impõe-se uma apreciação subjetiva, segundo os critérios de valor, haverá discricionariedade.

b) O direito administrativo sancionador é marcado pela graduação das sanções administrativas (advertência, multa, suspensão, demissão, embargos de obras, destruição de coisas, interdição de atividades etc.), que são discricionárias, mas não arbitrárias e, por este motivo, sempre incidem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o cumprimento do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, e o respeito à tipificação do fato, com previsão expressa em norma jurídica, o que limita a discricionariedade em punir.

- ☉ Vide também Resposta Esperada e Fundamentação – Questão 3 – disponíveis no caderno oficial do 187º Concurso para ingresso na Magistratura do TJSP disponível ao final da obra.

////////////////////////////////////
(TJ/SP/Juiz/2003/175º_Concurso) Analise, sinteticamente, a correção de todo o conteúdo da afirmativa seguinte, explicando o significado de seus termos: “Em nosso sistema atual, não é admissível o controle judicial relativamente ao ato administrativo discricionário e ao ato ‘interna corporis’.”

Direcionamento da resposta

Diferenciar poder vinculado de poder discricionário e destacar o Poder Judiciário como o último árbitro da legalidade, quer o ato seja produzido no recesso de um órgão, só com efeitos internos, quer seja discricionário, para examinar se realmente o é e para verificar se não desbordou para o abuso de poder.

Sugestão de resposta

Dentre as espécies de poderes administrativos destacam-se: poder vinculado e poder discricionário, que se distinguem quanto ao relacionamento decorrente de sua aplicação com os elementos ou requisitos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, objeto e motivo.

No poder vinculado, a lei confere à Administração Pública a competência para a prática de um ato e determina os elementos à sua formação, isto é, todos os requisitos do ato administrativo vêm determinados por lei e devem ser observados, sob pena de invalidação. No poder discricionário, embora a competência, a finalidade e a forma sejam elementos vinculados, o objeto e o motivo são da escolha do administrador; cabe a ele observar a conveniência, oportunidade e justiça do ato e seu conteúdo, ou seja, o mérito administrativo.

O ato discricionário e o ato “*interna corporis*”, isto é, aquele que ocorre no âmbito interno de um órgão e com efeitos repercutindo só internamente, não estão imunes à apreciação judicial, pois só o Poder Judiciário é o último árbitro da legalidade e a ele cabe examinar o ato arguido de discricionário ou para apurar se realmente o é e para verificar se a discricção não transbordou para o arbítrio; o mesmo ocorre com o ato produzido no recesso de um órgão e só para repercutir no seu interior⁴.

//////
 (TJ/SP/Juiz/1998/170º_Concurso) Quais são os atributos do ato administrativo? Esclareça sinteticamente em que consistem.

Direcionamento da resposta

Comentar os atributos do ato administrativo: presunção de legitimidade e veracidade, autoexecutoriedade, imperatividade e tipicidade, marcando suas características próprias e sua decorrência dos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência.

Sugestão de resposta

Os atributos do ato administrativo decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e buscam a eficiência administrativa. São:

- a) **Presunção de legitimidade e veracidade** – só porque o ato é praticado por um agente público pressupõe-se que seja legítimo, legal e verdadeiro; que esteja de conformidade com a norma regente, com os princípios fundamentais da Administração Pública e com a verdade dos fatos motivadores do ato, até prova em contrário, pois a presunção é “*juris tantum*”.

Isto traz duas grandes consequências: o ônus da prova de invalidade cabe a quem a alegar e o ato é eficaz, isto é, é idôneo para produzir seus efeitos específicos. Por este motivo é que o Direito criou remédios jurídicos para evitar danos: “*habeas corpus*”, mandado de segurança, liminares, antecipação de tutela, recursos administrativos com efeito suspensivo, dentre outros, para suspender a eficácia perniciosa.

4. “Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração (...)” – Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª ed., SP: Malheiros, p.689.

- b) **Autoexecutoriedade** – é a possibilidade de a maioria dos atos administrativos terem imediata e direta execução pela própria Administração, sem intervenção do Poder Judiciário. A Administração que cria o ato o executa direta e imediatamente, mas pode não usar desta faculdade e recorrer ao Judiciário, o que decorre do princípio da inafastabilidade dele para apreciar ameaça ou lesão a direito, pois a qualquer violação de um direito corresponde uma ação judicial⁵.
- c) **Imperatividade** – é a qualidade da maioria dos atos administrativos, que têm força obrigatória em relação aos seus destinatários. Vêm revestidos de coercibilidade para seu cumprimento ou execução. A Administração cria unilateralmente obrigações aos administrados e as impõe coercitivamente.
- d) **Tipicidade** – alguns autores como Maria Sylvia Di Pietro, Fernanda Mariela e Lícínia Rossi⁶ acrescentam aos três atributos mais este, que decorre do princípio da legalidade, com o ato devendo corresponder a figuras previamente definidas pela lei para produção de determinados resultados.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(TJ/SP/Juiz/2005/177º_Concurso) Pode o particular contratado invocar a “exceção do contrato não cumprido” para fazer cessar a execução (rescindir o contrato) do avençado?

Direcionamento da resposta

Falar sobre o art. 476 do CC, sobre as cláusulas exorbitantes e sobre o princípio da continuidade do serviço público, mas destacar a posição da doutrina e da jurisprudência em favor da interrupção dos serviços pelo contratado e que agora é lei (art. 78, XV, da Lei 8.666/93)⁷.

Sugestão de resposta Vide, na atualidade, o art. 137, inciso IV, da Lei 14.133/21.

Em princípio, a “*exceptio non adimpleti contractus*” não se aplica quando a Administração Pública é a parte inadimplente no contrato administrativo.

5. TJSP, Ap. 32-23.2013.8.26.0366, Rel. Des. Aroldo Viotti, voto 27.817.

6. “Direito Administrativo”, 26ª ed., SP: Atlas, p.209; “Direito Administrativo”, 4ª ed., Niterói: Impetus, p.263; “Manual de Direito Administrativo”, SP: Saraiva, 2015, p.153; respectivamente.

7. Vide, na atualidade, o art. 137, § 2º, inciso IV, da Lei nº 14.133/21.

O Código Civil, no art. 476, prevê que nenhum dos contratantes, nos contratos bilaterais, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro⁸.

Já o contrato administrativo, como decorrência de cláusula exorbitante e do princípio da continuidade do serviço público, veda a paralisação da execução contratual, mesmo se a Administração atrasar ou se omitir no cumprimento de sua parte.

Mas, doutrina e jurisprudência abrandaram a rigidez dessa cláusula e passaram a admitir a interrupção do cumprimento contratual quando a inadimplência administrativa produz encargo extraordinário e insuportável. A Lei 8.666/93 acolhe esta orientação (art. 78, XV) e admitiu a invocação da “exceptio” após 90 dias de inadimplemento por parte da Administração Pública. A Lei 14.133/2021 reduziu o período de inadimplemento para dois meses.

////////////////////////////////////
(TJ/SP/Juiz/2002/174º_Concurso) Nos contratos administrativos, o que são as “cláusulas exorbitantes”, e quais as principais? Exigem previsão legislativa específica?

Direcionamento da resposta

Definir “cláusulas exorbitantes” e destacar as principais: alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, equilíbrio econômico ou adequação financeira, reajustamento de preços e tarifas, aplicação pela Administração de penalidades contratuais, interpretação do contrato administrativo, com predomínio do Direito Público e exceção do contrato não cumprido. Falar sobre o art. 55, da Lei 8.666/93 e sobre outras fontes formadoras do Direito, especialmente princípios.

Sugestão de resposta

“Cláusulas exorbitantes” são peculiaridades dos contratos administrativos, decorrentes de sua sujeição aos preceitos de Direito Público e que ultrapassam os ajustes do Direito Privado. As principais cláusulas exorbitantes são:

8. “Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações e obrigações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida respectiva. Só quem cumpre a sua parte na avença pode exigir o cumprimento da parte do outro” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Código Civil Comentado”, 8ª ed., SP: RT, p. 586).

- a) **alteração e rescisão unilaterais do contrato pela administração pública** – nenhum contratado adquire o direito à execução integral do contrato administrativo ou sua imutabilidade; se ocorrerem prejuízos ao contratado, sem culpa dele, haverá o dever de indenizar.
- b) **equilíbrio econômico- financeiro (ou equação econômico- financeira)** – a relação inicialmente formada pelas partes entre as obrigações assumidas pelo contratado e a compensação econômica arcada pela Administração deve permanecer durante todo o contrato; a relação encargo-remuneração não pode ser perdida durante a execução contratual.
- c) **reajustamento de preços e tarifas** – é consequência da cláusula anterior e providência acordada entre as partes; agravos econômicos provocados por sobrecargas advindas de desvalorização monetária, elevações de preços, aumentos salariais, etc., permitem reajustes, como preveem os arts. 55, III, e 65, § 8º, da Lei 8.666/93⁹.
- d) **controle do contrato pela administração** – é ela a titular da supervisão, acompanhamento e fiscalização da execução contratual, podendo, inclusive, intervir na execução do objeto do ajuste (arts. 58, V, e 80, II, da Lei 8.666/93¹⁰); é nomeado um representante da Administração especialmente designado para acompanhamento e fiscalização do contrato.
- e) **aplicação de penalidades contratuais** – as penalidades contratuais são aplicadas diretamente pela Administração; decorre do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos (arts. 58, IV; 78, VII; e 87, da Lei 8.666/93¹¹).
- f) **interpretação do contrato administrativo** – tem por objetivo a fixação do verdadeiro sentido do seu conteúdo, pondo fim a imprecisões e dúvidas, e sempre considerando que as normas que regem o contrato administrativo são de Direito Público, complementadas pelas regras da teoria geral dos contratos e do Direito Privado.
- g) **exceção do contrato não cumprido** – sua inoponibilidade foi estudada na questão supra.

9. Na atualidade, a lei utilizada como base para a resposta na oportunidade da prova encontra-se revogada pela Lei n. 14.133/2021.

10. Na atualidade, a lei utilizada como base para a resposta na oportunidade da prova encontra-se revogada pela Lei n. 14.133/2021.

11. Na atualidade, a lei utilizada como base para a resposta na oportunidade da prova encontra-se revogada pela Lei n. 14.133/2021.

Finalmente, a questão se refere se há exigência de “previsão legislada específica” para as “cláusulas exorbitantes”.

O art. 55, da lei específica sobre normas para licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93), prevê inúmeras cláusulas “necessárias” a todo contrato, incluindo o que “cláusulas exorbitantes” tratam, mas não são elas as únicas fontes do Direito, pois o conteúdo dessas cláusulas muito se liga aos princípios da Administração Pública, especialmente aos cinco previstos expressamente pelo “*caput*” do art. 37, da CF (legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade) e às proposições implícitas da supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, confiança e boa-fé.

4. ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

(TJ/SP/Juiz/2009/182º_Concurso) O artigo 92, da Constituição Federal, aponta em seus incisos os órgãos que compõem o Poder Judiciário. Há alguma impropriedade técnica, jurídico-administrativa, entre as discriminações? Por quê?

Direcionamento da resposta

Criticar a inclusão, no art. 92 da CF, como “órgão do Poder Judiciário”, o “Conselho Nacional de Justiça”, órgão de controle do Judiciário, formado por membros estranhos a ele.

Sugestão de resposta

O art. 92 da CF define os “órgãos do Poder Judiciário”. A EC 45/04 acrescentou, logo depois do inciso “I – o Supremo Tribunal Federal”, “I-A – o Conselho Nacional de Justiça”, o que causou perplexidade à doutrina ao criar um novo órgão de controle ao Judiciário, pois a Constituição já garantia verdadeiros “controles recíprocos” entre os três Poderes, por detalhado “sistema de freios e contrapesos”¹².

Este Conselho é um órgão político anômalo, colocado pelo legislador constituinte derivado como do Poder Judiciário, mas sendo integrado por membros de outros Poderes e de instituições, um verdadeiro “Quarto Poder”, com função precípua de controlar um dos Poderes da República¹³.

12. Alexandre de Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais”, 2ª ed., SP: Atlas, p. 65/75; Cândida da Cunha, “Conflito entre Poderes”, SP: RT, 1994, p.20; Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, 27ª ed., SP: Atlas, p. 532; José Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, SP: Malheiros, 2005, p.504; Michel Temer, “Constituição e Política”, SP: Malheiros, 1994, p.77.

13. “Conselho Nacional de Justiça será um outro Poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se

Observa-se que a EC 45/2004 incluiu o Conselho Nacional de Justiça entre os órgãos do Poder Judiciário, referenciado no inciso I-A do art. 92. Essa técnica merece dois reparos: o primeiro é o de incluir entre os órgãos jurisdicionais um órgão que não tem a mesma natureza; o outro é o de inserir um inciso I-A, quando melhor seria reelaborar todos os incisos, incluindo (se tivesse que ser incluído) seu texto no inciso II e reorganizado os demais (...) (José Afonso da Silva, *ob. e p. cits.*)

(TJ/SP/Juiz/2004/176º_Concurso) Distinga empresa pública da sociedade de economia mista segundo os seguintes aspectos: constituição, natureza jurídica, controle administrativo e limite de responsabilidade.

Direcionamento da resposta

Conceituar empresa pública e sociedade de economia mista, e seguir o roteiro dado pela própria questão: escrever sobre a constituição de ambas, a natureza jurídica, controle administrativo e limite de responsabilidade, em resumo, ver no que se assemelham e o que as diferencia.

Sugestão de resposta

Empresa pública e sociedade de economia mista são empresas estatais ou governamentais.

Ambas são pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja constituição é autorizada por lei específica, para prestação de serviço público, realização de obras ou para a execução de atividade econômica de natureza privada. São integrantes da Administração Indireta do Estado e procuram atender necessidades imediatas da população, prestando serviços públicos, ou atuar em casos de relevante interesse coletivo, executando atividades econômicas.

Elas têm autonomia administrativa e financeira, mas são supervisionadas pela entidade-matriz, que sobre ela exerce um “controle finalístico”¹⁴ sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. São responsáveis objetivamente pelos atos de seus agentes e poderão gozar de algum privilégio, desde que concedido por lei.

não diretamente, pelo menos indiretamente, nefasta influência na decisão judicial. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as Constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injunção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?” – Michel Temer, *ob. e p. cits.*

14. “Direito Administrativo Brasileiro”, Hely Lopes Meirelles, 30ª ed., SP: Malheiros, p.645.

Ambas realizam, em seu nome e por sua conta e risco as atividades determinadas pela lei específica autorizadora.

A grande diferença entre elas é que a empresa pública é constituída com capital exclusivamente público e a sociedade de economia mista tem a participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração. E a empresa pública reveste-se de quaisquer das formas da organização empresarial, enquanto a sociedade de economia mista deve adotar a forma de sociedade anônima.

5. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

(TJ/SP/Juiz/2006/178º_Concurso) Improbidade administrativa. Frustrar a licitude de concurso público. Quando ocorre? Artigo 37, II, da Constituição Federal. Anulação do concurso. Devolução dos valores recebidos.

Direcionamento da resposta

Comentar o art. 11 da Lei 8.429/92, que cuida de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública e colocam, entre eles, a frustração de concurso público¹⁵, exigida pelo art. 37, II, da CF. Destacar as exceções à obrigatoriedade de o agente público de devolver valores recebidos (se percebidos de boa-fé e efetivo trabalho).

Sugestão de resposta

O art. 11 da Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, e, no inciso V, prevê a frustração de concurso público.

A CF, no art. 37, II, exige para investidura em cargo ou emprego público a aprovação prévia em concurso público.

Decorre, dentre outros, de quatro fundamentais princípios constitucionais: legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

A licitude do concurso público será frustrada, ou por omissão, não o realizando e nomeando agente público sem o devido concurso (salvo no caso da ressalva constitucional para cargo em comissão declarado em lei, de livre nomeação e exoneração) ou realizando-o, mas de forma fraudulenta para beneficiar ou prejudicar participantes e, para estes casos, a LIA prevê punições severas e anulação do concurso.

15. “V – frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros” (art. 11 da Lei nº 14.230/21).

Apesar de não haver o concurso ou ele ser anulado por fraude ou vício insanável no seu procedimento, se o agente público nomeado estava de boa-fé e prestou serviços, não terá que devolver os valores recebidos¹⁶.

Mas, a devolução dos vencimentos ocorrerá se houver conluio entre o nomeado e o agente público competente, mesmo que tenha prestado serviços, pois obtidos de má-fé; se, na realidade, não houver a efetiva prestação de serviço (servidor “fantasma”) e quando a contratação e posse ocorreram sem qualquer interesse público; sua desnecessidade era evidente, haverá devolução para ressarcimento do erário.

Portanto, se não ocorreu concurso, mas o nomeado trabalha com boa-fé, a jurisprudência tranquila entende impossível a devolução, para evitar enriquecimento sem causa (*“nemo loclupetari potest cum aliena jactura”* – “ninguém pode enriquecer-se à custa alheia”). Também não haverá punição para a autoridade que não efetivou o concurso quando não provada a ilegalidade com má-fé, com desonestidade – com dolo¹⁷.

6. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

(TJ/SP/Juiz/2019/188º_Concurso) Sobre a desapropriação, responda, objetivamente, o seguinte: (a) Quais os principais traços característicos de distinção entre esse instituto e o da servidão administrativa? (b) Na vigência da Constituição de 1988, muito já se discutiu a respeito do art. 15, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365/41 e dos critérios nele previstos para a fixação do valor do depósito exigido para a imissão provisória na posse. Quais os principais aspectos da discussão e qual entendimento prevalece no STF e no STJ sobre a matéria? (c) Como se deu a introdução no nosso sistema jurídico dos juros compensatórios como verba integrante da justa indenização? Qual o teor dos pronunciamentos do STF, em caráter liminar e no julgamento final da ADI 2.332, sobre o artigo 15-A, e respectivos parágrafos, acrescentados ao Decreto-lei n. 3.365/41 pela Medida Provisória 2.183-56/2001?

-
16. “Processo Civil – Ação Civil Pública – Ato de Improbidade. (...) 3. Apesar de não ter sido o contrato precedido de concurso, houve trabalho dos servidores contratados o que impede a devolução dos valores correspondentes ao trabalho devido” – STJ, REsp 514.820/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 06/06/05.
17. “No tocante ao agente público responsável pela contratação sem concurso público, descabe sua punição por ato de improbidade administrativa de frustração de concurso público quando não provado ter cometido tal ilegalidade com má-fé ou desonestidade (dolo). A atuação ilegal do agente público, desacompanhada do substrato de falta de probidade (v.g., desonestidade, má-fé, deslealdade ao interesse público), não configura a improbidade atentatória aos princípios da Administração Pública” (Marino Pazzaglini Filho, “Lei de Improbidade Administrativa Comentada”, 4. ed., SP: Atlas, p. 111).

Sugestão de resposta

– Item “a”.

Diversas são as formas de intervenção do Estado na propriedade do particular – todas aparecendo como consequência do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o do particular: desapropriação (ordinária – prevista no art. 5º, XXIV da CF; sancionatória ou confiscatória – prevista no art. 243 da CF; desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana – art. 184, §4º, III da CF e rural – art. 182 da CF); requisição administrativa (art. 5º, XXV da CF); tombamento (art. 216 da CF e DL 25/37); servidão administrativa, ocupação temporária e limitação administrativa.

Algumas são as principais diferenças entre desapropriação e servidão: a desapropriação ordinária acarreta a transferência compulsória da propriedade do particular para o Estado, mediante o pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro. Trata-se de forma supressiva do domínio que afeta o caráter perpétuo e irrevogável da propriedade.

A desapropriação normalmente é formalizada por decreto do chefe do Executivo.

A servidão administrativa é direito real público sobre propriedade alheia restringindo seu uso em favor do interesse público. Diferentemente da desapropriação, não altera a propriedade do bem, mas somente cria restrições em sua utilização, gerando ao proprietário um dever de suportar e não fazer (como é o caso do proprietário que tem que suportar a passagem de fios elétricos em sua propriedade). Trata-se de intervenção restritiva que afeta o caráter absoluto da propriedade, não acarretando o dever do Estado de indenizar, exceto se houver dano comprovado.

A servidão administrativa apresenta duas figuras: dominante (que é o serviço) e serviente (que é a propriedade particular), sendo formalizada normalmente por acordo entre o Poder Público e o proprietário, precedido da expedição de decreto do chefe do Poder Executivo. É possível a instituição da servidão administrativa por sentença judicial (no caso de imposição ilegal de restrições à propriedade) ou, ainda, por lei específica.

– Item “b”.

A discussão envolve, principalmente, a recepção do §1º do art. 15 da Constituição de 1988. Indaga-se se seria compatível com a garantia da justa e prévia indenização a concessão de imissão provisória mediante depósito de valor apurado segundo os critérios previstos nas alíneas do referido parágrafo, considerando que, na maioria das vezes fica aquém do valor real do bem e que a reversibilidade da imissão é remota.

No STF prevalece o entendimento de que o parágrafo §1º não foi derrogado, mas recepcionado pela CF/88 e que só perda da propriedade, no final do processo judicial que está compreendida pela garantia da justa e prévia indenização. Nesse sentido o teor da Súmula 652 do STF: “não contraria a Constituição o art. 15, §1º do Decreto-lei 3.365/41”.

Alinhado a tal orientação, o STJ entende, que, nos termos da alínea “c” do parágrafo 1º, a imissão provisória deve ser concedida mediante o depósito do valor cadastral, desde que comprovada sua atualização no ano fiscal imediatamente anterior. A Corte entende, ainda, que, caso não tenha ocorrido tal atualização, o juiz arbitrará o valor do depósito, conforme previsto na alínea “d”, com o auxílio de perito judicial, se considerar necessário. Em sede de recurso repetitivo, foi firmada a tese (tema 472) fixando: “o depósito judicial do valor simplesmente apurado pelo corpo técnico do ente público, sendo inferior ao valor arbitrado por perito judicial e ao valor cadastral do imóvel, não viabiliza a imissão provisória na posse”.

Item “c”.

Juros compensatórios são devidos pelo Poder Público expropriante a título de compensação pela imissão provisória e antecipada na posse do bem. Haverá a incidência desses juros sempre que for deferida a imissão na posse e houver divergência entre o valor ofertado em juízo e o valor fixado na sentença.

Existe todo um contexto decorrente de construção jurisprudencial (com enunciados de Súmulas, medidas provisórias e ADI) que envolve o cálculo e a introdução dos juros compensatórios. Vejamos:

Inicialmente, o STF expediu a Súmula 618, fixando os juros compensatórios em 12% ao ano, incidentes sobre o valor da indenização.

Com o advento das Medidas Provisórias n. 1.577/97; 2.027.43/2000 e 2.183.56/2001 – que introduziram o art. 15-A no Decreto-Lei n. 3.365/41¹⁸ – o percentual dos juros compensatórios passou a ser de “até 6% ao ano”.

Posteriormente, a norma do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41 foi objeto de controle de constitucionalidade no STF (ADI 2.332).

O STF, dando interpretação conforme ao caput do art. 15-A, no tocante à base de cálculo dos compensatórios, na ADI 2.332, em liminar, suspendeu a eficácia da expressão “de até 6% ao ano” do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41 e fixou que a base de cálculo seria a diferença entre o valor correspondente a 80% do preço ofertado e o valor fixado na sentença.

18. Na atualidade, a lei utilizada como base para a resposta na oportunidade da prova encontra-se revogada pela Lei n. 14.620/2023.

Exemplificando: se o valor ofertado fosse cem e o valor fixado na sentença, cento e cinquenta, a base de cálculo para os juros compensatórios seria a diferença entre 80% do valor ofertado (que, no exemplo, corresponderia a oitenta – 80% de 100) e o valor fixado na sentença (que, no exemplo, é cento e cinquenta). Portanto, setenta seria o valor para a incidência dos juros compensatórios (cento e cinquenta menos oitenta).

Além disso, também em liminar, suspendeu a eficácia, do §1º do referido artigo, segundo o qual os compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário; do §2º, que dispõe que eles não serão devidos se os graus de exploração e eficiência da terra forem iguais a zero e, do §4º, segundo o qual nas ações mencionadas no §3º (indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta e indenizatórias por restrições impostas pelo Poder Público), os compensatórios só incidirão em período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada. Por fim, ainda em sede cautelar, o STF indeferiu o pedido de suspensão do §3º, que prevê o pagamento de compensatórios nas referidas ações indenizatórias.

Posteriormente, o STJ, no REsp 1.111-89/SP, Min. Teori Albino Zavascki, diante de todas essas considerações, decide recurso, fixando que, nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11-6-1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13-9-2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal. Inclusive esse entendimento foi sumulado, dando origem à Súmula 408 do STJ.

Aos 8 de dezembro de 2015, a MP n. 700 dá nova redação ao art. 15-A, passando a prever no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social prevista na Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, na hipótese de haver divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, expressos em termos reais, poderão incidir juros compensatórios de até doze por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, contado da data de imissão na posse, vedada a aplicação de juros compostos. Essa previsão aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou por desapropriação indireta e às ações que visem à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público (nessas ações o Poder Público não será onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou da posse titulada pelo autor da ação).

Fixou, ainda, que os juros compensatórios se destinam apenas a compensar danos correspondentes a lucros cessantes comprovadamente sofridos pelo proprietário, não incidindo nas indenizações relativas às desapropriações que tiverem como pressuposto o descumprimento da função social da propriedade, previstas nos arts. 182, § 4º, III, e 184 da Constituição.

Em 17 de maio de 2016, o Presidente da Mesa do Congresso Nacional (Senador Renan Calheiros) declarou o encerramento de vigência da MP n. 700, de 8 de dezembro de 2015. Até então a redação do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41 continuava sendo a mesma dada pela Medida Provisória n. 2.183-56/2011, bem como o decidido pelo STF quando do julgamento liminar da ADI 2.332.

Por fim, aos 17 de maio de 2018, o STF decidiu que devem ser de 6%, e não mais de 12%, os juros compensatórios incidentes sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública e interesse social ou para fins de reforma agrária, no caso em que haja imissão prévia na posse pelo Poder Público e divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado em sentença judicial.

Por maioria de votos, nesta data, os Ministros julgaram parcialmente procedente a ADI 2.332 contra dispositivos da Medida Provisória 2.027-43/2000 e demais reedições, que alteraram o Decreto-Lei n. 3.365/41. Os dispositivos estavam suspensos desde setembro de 2001, em razão de medida liminar concedida pelo Plenário do STF e agora houve o julgamento final de mérito, pelo STF.

No mérito, a Corte manteve a interpretação conforme a Constituição, no tocante à base de cálculo; reconheceu a constitucionalidade do percentual de 6% como também dos §§ 1º, 2º e 3º. Declarou inconstitucionais o vocábulo “até” constante do caput e do § 4º.

////////////////////////////////////
(TJ/SP/Juiz/2014/185º_Concurso) *A prefeitura municipal de comarca do interior ajuíza ação de desapropriação contra “B”, visando a expropriar imóvel de sua propriedade, que se encontra alugado para a empresa “C”, onde esta instalou a sua sede. Citado, “B”, apresenta a sua contestação, propugnando pela condenação da expropriante ao pagamento da justa indenização, que, no seu entendimento, inclui o valor atinente ao ponto comercial. Contudo, a empresa “C”, malgrado não tenha sido citada, também comparece aos autos e apresenta contestação, requerendo para si o pagamento do valor atinente ao mencionado fundo de comércio. Pergunta-se: (i) A empresa “C” tem legitimidade passiva para comparecer aos autos da ação expropriatória e contestar o feito? Justifique. (ii) A quem deve ser paga a indenização do referido fundo de comércio: Por quê? (iii) De que forma se dará esse pagamento? Justifique.*

Direcionamento da resposta

Desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade pela Administração e extingue os direitos de terceiros em relação ao bem. Lembrar o dever de quem causar dano de ressarcir e, portanto, a perda de *fundo de comércio* é indenizável, mas, por pertencer, no caso, ao locatário, só por ação direta será apurado o prejuízo e o recebimento por precatório.