



Coleção PREPARANDO PARA CONCURSOS

Questões discursivas comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

Coordenadora: **Mila Gouveia**

ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

- Advogado da União
- Procurador Federal
- Procurador da Fazenda Nacional
- Procurador do Banco Central

2ª edição

Revista e atualizada

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. AGENTES PÚBLICOS

(Cespe/Bacen/Procurador/2013) O Bacen, no exercício da sua competência de supervisionar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional, investigava a procedência de informações recebidas acerca do envio clandestino por pessoa física ao exterior de valores objeto de operações de câmbio não autorizadas ou registradas, com indícios do ilícito denominado lavagem de dinheiro. A conduta consistia na importação de veículos, que perfazia um total de US\$ 40 milhões, ao passo que, no sistema de informações do Bacen, constava apenas valor declarado de US\$ 20 milhões. Havia informações, também, de que a pessoa física investigada estaria utilizando dinheiro oriundo da atividade delituosa para pagamento de despesas pessoais incompatíveis com a renda declarada e demonstrando, ainda, outros sinais exteriores de riqueza, tais como bens móveis e imóveis suntuosos. O fato foi noticiado na imprensa e o Ministério Público federal, o Tribunal de Contas da União e uma comissão parlamentar de inquérito instaurada na Câmara dos Deputados solicitaram do Bacen o envio das informações relativas à indigitada pessoa física constantes do SISBacen. A Procuradoria-Geral do Bacen foi consultada acerca da viabilidade do atendimento da solicitação de cada órgão, em especial, por força do disposto no art. 11 da Lei Complementar n. 105/2001, a seguir transcrito: “Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.” Nessa situação hipotética, que orientação jurídica deve ser dada em resposta a cada um dos órgãos com relação à solicitação feita? Fundamente sua resposta.

Direcionamento da resposta

O candidato deverá distinguir as três situações e afirmar que: no que se refere ao Ministério Público Federal, o repasse das informações somente poderá ser realizado com autorização judicial, à exceção da hipótese do art. 9º, da LC nº 105/2001; quanto ao Tribunal de Contas da União, uma vez que não está incluído no rol dos que podem ordenar a quebra de sigilo bancário, também não

será possível; por fim, a Comissão Parlamentar de Inquérito poderá ter acesso, desde que respeitado o disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC nº 105/2001.

Sugestão de resposta

Tendo em vista a solicitação do Ministério Público Federal (MPF), do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), é necessário destacar que tais órgãos merecem tratamento distinto no que se refere ao acesso de informações obtidas pelo Banco Central (Bacen) no exercício da sua competência de supervisionar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional.

Em relação ao MPF, em regra, vale destacar que, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos fundamentais ao sigilo de dados e à privacidade e intimidade (art. 5º, XII, da CF/88). Portanto, segundo entendimento do STF, somente poderá ocorrer o repasse de informações com autorização judicial. Contudo, uma vez verificados indícios da ocorrência de crimes de ação penal pública, como no caso concreto, o Bacen deverá repassar tais informações ao MPF, tal qual prevê o art. 9º, da LC nº 105/2001.

O TCU, por sua vez, não tem prerrogativa de quebra de sigilo sem autorização judicial, por ausência de previsão legal. Sendo assim, por mais relevantes que sejam suas funções institucionais, não está incluído no rol dos órgãos que podem ordenar a quebra de sigilo bancário.¹

Por fim, no que se refere à CPI, poderá ter acesso às informações obtidas pelo Bacen, desde que haja requerimento aprovado pela maioria absoluta da Comissão ou do Plenário da respectiva Casa, conforme disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC nº 105/2001.

////////////////////////////////////
(Cespe/AGU/Advogado/2012) A teoria das relações contratuais de fato, desenvolvida na Alemanha, a partir dos escritos de Gunther Haupt, em 1941, e adaptada e divulgada por Karl Larenz, nos anos 50 do século XX, tem sido utilizada em situações que envolvam passagem direta do plano da existência para o plano da eficácia, a despeito de o negócio jurídico apresentar defeitos ou causas de invalidade subjetiva, objetiva ou formal. Embora arruinada em seu país de origem e desconsiderada pelos tribunais alemães, por um curioso fenômeno

1. Ver, no STF, o MS 22.934.

de recepção tardia de uma doutrina estrangeira no país, essa teoria encontra razoável aplicação no Brasil, na jurisprudência do STJ e do STF. Com base nessas informações e na jurisprudência dominante no STJ, discorra sobre aplicação da teoria das relações contratuais de fato ao caso de nomeação de servidor público admitido sem concurso público. Em sua resposta, considere, especificamente, o problema da investidura e do pagamento de subsídios.

Direcionamento da resposta

Nesta questão, o candidato deve destacar, de maneira breve, em que consiste a “teoria/doutrina das relações contratuais de fato”, realçando que, no caso, há um ato que produz efeitos regularmente, muito embora inválido (nomeação sem concurso público), isto é, passa-se diretamente do plano da existência para o plano da eficácia. Em seguida, é interessante tratar dos denominados “agentes de fato”, gênero do qual são espécie os “agentes putativos”, para, por fim, concluir que a investidura desses agentes, apesar de ilegítima, não retira o direito à percepção da remuneração, a fim de que se evite enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

Sugestão de resposta

A teoria/doutrina das relações contratuais de fato, originalmente aplicada no âmbito civilista, foi desenvolvida com a finalidade de preservar os efeitos de um negócio jurídico viciado no plano da validade, mas que produz seus efeitos regularmente. Trata-se, portanto, de atribuir efeitos jurídicos a um ato existente, muito embora inválido.

No Brasil, tal teoria foi recepcionada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e aplicada especificamente à situação em que se identifica a prática de ato administrativos pelos chamados “agentes de fato”, admitidos sem prévio concurso público. Nesse sentido, o termo “agentes de fato” é considerado gênero, do qual são espécie os chamados “agentes putativos”, que “são os que desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade, embora não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido”.² Trata-se do caso, por exemplo, do servidor público que pratica vários atos típicos da Administração, sem que tenha sido investido regularmente mediante concurso público, tal como exige o art. 37, II, da CF/88.

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 587-588.

Nessas hipóteses, a jurisprudência do STJ (cf. REsp 915.322/MG) tem entendimento pacífico no sentido de que, muito embora a investidura na função pública seja manifestamente ilegítima (e inválida), os efeitos do ato devem ser preservados, a fim de evitar que terceiros de boa-fé sejam prejudicados.

Assim, tendo em vista existência de efetiva prestação de serviço por alguém que não deveria ter trabalhado, justifica-se o pagamento da remuneração correspondente, inclusive para evitar que ocorra enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.³

////////////////////////////////////
(Cespe/AGU/Advogado/2012) O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão pretende lançar edital de concurso público, com prazo de validade de um ano, para o provimento de cem cargos vagos de especialista em políticas públicas e gestão governamental. Pretende, ainda, o referido órgão que o concurso público seja realizado em três fases: prova objetiva, prova discursiva e exame psicotécnico. Para tanto, a ministra de Estado decidiu consultar previamente a Consultoria Jurídica, acerca da realização do concurso público. Considerando a situação hipotética apresentada, responda, de forma justificada, com fundamento na Constituição Federal de 1988 (CF) e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) às indagações seguintes. (i) É possível o estabelecimento da fase do exame psicotécnico no edital do referido concurso? (ii) O referido órgão público tem a obrigação de nomear, no prazo de validade do concurso público, todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital?

Direcionamento da resposta

Essa questão exige do candidato um bom domínio do texto constitucional e da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para introdução da resposta é fundamental fazer um apanhado geral do que é o concurso público, a sua base constitucional, demonstrando conhecimento da situação excepcional quando o mesmo não é exigido. Friso, é fundamental expor ao examinador os artigos da legislação (não copiá-los, mas citá-los).

Para responder a primeira pergunta é importante que o candidato demonstre conhecimento sobre a divergência que paira sobre o exame psicotécnico e a posição atual da jurisprudência sobre o caso, demonstrando conhecer

3. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 588.

os requisitos impostos pelos tribunais (citando a Súmula 686 do STF) e pelo Decreto 6.944/2009.

Para a segunda resposta também é importante que o candidato demonstre conhecer a jurisprudência dos dois tribunais superiores, demonstrando que ambos têm hoje posição convergente no sentido da existência de direito subjetiva à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso.

Sugestão de resposta

A Constituição Federal traz no artigo 37, II a consagração do princípio do concurso público, informando que a investidura em cargos ou empregos públicos dependerá de prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos, de acordo com a complexidade do cargo ou do emprego, havendo ressalva para as nomeações para cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e livre exoneração. Ou seja, a exigência de concurso público se aplica para a nomeação de cargos ou empregos públicos de provimento efetivo, não abrangendo os cargos onde o entendimento subjetivo e discricionário do administrador define quem irá preenche-los (cargos em comissão).

Como dito acima, da leitura do dispositivo constitucional mencionado (artigo 37, II) é importante frisar que é exigência normativa que o concurso público seja de provas e títulos ou apenas provas. Com isso se nota que não é possível se falar em contratações para cargos ou empregos públicos com base exclusivamente na análise de títulos ou do currículo do candidato.

O exame psicotécnico e a sua admissibilidade nos concursos públicos é um tema que gera acentuada polêmica na doutrina administrativista nacional e também na jurisprudência. Hoje a posição que predomina, tanto na doutrina como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴ é que é possível que o exame psicotécnico seja exigido como fase no concurso público desde que estejam presentes os seguintes pressupostos: i) previsão legal para exigir este exame, não sendo suficiente apenas a exigência no edital; ii) que o exame não seja realizado segundo critérios subjetivos do avaliador, que resultem em discriminação dos candidatos (cientificidade do exame); iii) que seja passível de recurso pelo candidato.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não discrepa desta posição, entendendo que é possível o estabelecimento de exame psicotécnico para concurso público, desde que preencham os requisitos acima arrolados (RE 473719

4. RMS 29087/MS e REsp 469959/RS.

AgR/DF), cabendo destacar a Súmula 686 da jurisprudência dominante do STF que reforça a necessidade de lei para que os candidatos a um concurso público possam se sujeitar a exame psicotécnico.

Além disso, o Decreto 6.944/2009, aplicável à Administração Direta e às Autarquias e Fundações Públicas do Poder Executivo Federal determina que a realização de exame psicotécnico está condicionada à existência de previsão legal e deve constar no edital do concurso público⁵.

No que tange à obrigatoriedade da Administração nomear todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas, durante a duração do concurso público, predomina na jurisprudência do STF que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas indicado no edital tem direito subjetivo de ser nomeado, observado o prazo de validade do certame⁶. Essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido do entendimento já exarado pelo Superior Tribunal de Justiça reconhecendo direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro das vagas estipuladas no edital.

O STJ tem o entendimento de que nos concursos nos quais não há previsão expressa do número certo de vagas (formação de cadastro de reserva), há direito subjetivo à nomeação para aquele candidato classificado na primeira colocação⁷.

Essa jurisprudência garante aos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número das vagas definidas no edital do certame, o direito subjetivo de serem nomeados no prazo de validade do processo seletivo, podendo ir ao judiciário no caso de omissão administrativa na sua nomeação. Cabe ressaltar que a Administração não é obrigada a nomear imediatamente todos os candidatos, podendo efetuar esta nomeação de forma fracionada dentro do prazo do concurso, da forma que melhor atenda ao interesse público e garanta a todos os aprovados o efetivo ingresso no serviço público.

Por último deve ser frisado que a jurisprudência do STF consignou ainda que em casos excepcionais, causados por circunstâncias supervenientes à publicação do edital, pode ser aceito que a Administração deixe de nomear todos os aprovados dentro do número de vagas, devendo tal situação ser fundamentada de forma detalhada, expondo os excepcionais motivos da Administração para a não nomeação, estando tal situação sujeita a controle judicial.

5. A título de complementação é relevante citar a **Súmula Administrativa AGU 35/2008**: “O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo”.

6. RE 598.099/MS.

7. RMS 32.105/DF.

Em síntese é possível que o exame psicotécnico seja previsto como fase do concurso público, desde que atendidos os requisitos acima descritos, e há a obrigação do órgão público nomear todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas, durante o prazo de duração do concurso, conforme jurisprudência do STF e do STJ, ressalvadas situações excepcionalíssima, supervenientes ao lançamento do edital e devidamente fundamentada.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS

////////////////////////////////////
(Cespe/AGU/Advogado/2015) Antes de enviar à Casa Civil da Presidência da República a minuta de decreto que será referendado por determinado ministro de Estado, o gabinete do ministro encaminhou-a à consultoria jurídica do Ministério, para análise e manifestação. O referido decreto versa sobre a reestruturação do Ministério, contemplando a extinção de algumas de suas secretarias e de diversos cargos em comissão ocupados, bem como a especificação de percentual ínfimo de funções de confiança – destinadas às atribuições de direção e assessoramento – a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no Ministério. Na minuta da exposição de motivos ministerial, constam, entre os fundamentos para a edição do decreto, a necessidade de ajuste fiscal, dado o contexto econômico, e, como finalidade, o alcance de uma administração pública mais eficiente. Na qualidade de advogado da União, elabore um parecer sobre a referida minuta, devidamente fundamentado na legislação de regência e nos elementos doutrinários aplicáveis. Em seu parecer, aborde: (i) a competência das consultorias jurídicas, enquanto advocacia de Estado, no controle interno da legalidade administrativa; (ii) o decreto como regulamento administrativo e o princípio da legalidade; (iii) o regulamento administrativo como espécie de ato administrativo abstrato ou concreto; (iv) a constitucionalidade e a legalidade da minuta, considerando os elementos do ato administrativo.

Direcionamento da resposta

A presente questão exige que o candidato demonstre conhecimento sobre a estruturação da Advocacia-Geral da União, sendo capaz de tratar em sua resposta sobre a figura do decreto.

A questão pede que o candidato aborde 04 (quatro) pontos específicos. Para organizar os estudos a análise, nesta obra, será feita sobre cada um desses pontos.

(i) A competência das consultorias jurídicas no controle interno da legalidade administrativa.

Para uma resposta completa sobre este tema o candidato deve, necessariamente, situar a AGU como uma das funções essenciais à justiça, expressamente prevista na Constituição da República, no artigo 131.

Neste próprio dispositivo constitucional estão previstas as atribuições da AGU, quais sejam:

- Representar judicial e extrajudicialmente a União;
- **Prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.**

No nível infraconstitucional a Advocacia-Geral da União é regida, essencialmente, pela Lei Complementar 73, de 1993, que prevê no seu artigo 11 o seguinte:

“Art. 11– Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

V – assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;”

Desta maneira, o controle prévio da legalidade dos atos administrativos é atribuição extremamente relevante dos órgãos de consultoria jurídica, visando garantir que o gestor público (autoridades do Poder Executivo) pratique os atos administrativos de acordo com o previsto na Constituição e nas leis.

No caso em tela, é atribuição constitucional e legal da consultoria jurídica analisar a minuta do decreto, emitindo parecer jurídico sobre o decreto antes do envio da minuta do ato para a Casa Civil da Presidência da República.

(ii) O decreto como regulamento administrativo e o princípio da legalidade.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁸ *os atos administrativos normativos contêm determinações gerais e abstratas. Tais atos não tem destinatários determinados; incidem sobre todos os fatos ou situações que se enquadrem nas hipóteses que abstratamente preveem. Os atos administrativos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo assumem a forma de decreto.*

A Constituição da República trata do tema no artigo 84, assim dispendo:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

8. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 237

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O decreto previsto no artigo 84, IV acima transcrito é o que a doutrina convencionou de chamar de decreto de execução ou regulamentar, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*⁹.

Por sua vez, o decreto previsto no artigo 84, VI, chamado por alguns autores como decreto autônomo, entrega ao Presidente da República a atribuição para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Esta modalidade de decreto tem a natureza de ato primário, uma vez que retira o seu fundamento de validade diretamente de Constituição da República, não sendo expedidos por determinação/autorização de lei ou outro ato infraconstitucional.

É importante perceber que as matérias que a Constituição autoriza ao Chefe do Executivo dispor através deste decreto autônomo são limitadas, não havendo uma permissão ampla para que o Presidente da República exerça o seu poder regulamentar fundamentado diretamente no texto constitucional.

O princípio da legalidade está expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, sendo um dos princípios basilares da Administração Pública. A legalidade administrativa decorre diretamente da indisponibilidade do interesse público, somente podendo o administrador agir nos estritos limites que o titular do poder – o povo – define através das leis.

Em razão de a situação concreta apresentada dizer respeito à espécie de regulamento administrativo prevista no art. 84, inciso VI, da Constituição, importante verificar se a minuta de decreto submetida pelo gabinete do ministro à consultoria jurídica se apresenta em conformidade com os limites do poder regulamentar, estabelecidos na Constituição.

9. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 343 e ss.

(iii) O regulamento administrativo como espécie de ato administrativo abstrato ou concreto.

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico (manifestação de vontade humana, unilateral, que tem a finalidade imediata de produzir um determinado resultado jurídico), que pode ser conceituado como a manifestação de vontade unilateral da Administração Pública, agindo nessa qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, que buscam a produção de efeitos jurídicos.

O regulamento é uma modalidade de ato administrativo, que na hipótese prevista no artigo 84, IV da Constituição Federal, é considerado como ato abstrato, e na hipótese do inciso VI do mesmo artigo é considerado como concreto.

No caso em tela a minuta de decreto presidencial constitui um ato administrativo concreto, visto que extingue algumas secretarias e cargos em comissão do ministério, além de especificar percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

(iv) A constitucionalidade e a legalidade da minuta, considerando os elementos do ato administrativo.

Os elementos do ato administrativo são os seguintes: competência (ou sujeito), forma, objeto, motivo e finalidade

O objeto, ou conteúdo, dos atos administrativos consiste no efeito jurídico imediato que o ato produz. O objeto constante na minuta de decreto é reestruturar o ministério por meio da extinção de algumas de suas secretarias e de cargos em comissão ocupados, bem como da especificação de percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

O objeto do decreto – extinguir algumas secretarias do ministério e cargos em comissão – é legítimo, tendo em vista a necessidade de implementação de uma Administração Pública mais eficiente. As secretarias dos ministérios são classificadas como órgãos públicos e, nos termos da alínea a) do inciso VI do art. 84, o presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique, entre outros fatores, a extinção de órgãos públicos.

Bem analisando a minuta de decreto é possível perceber que o mesmo tem como um de seus objetos a “(...) especificação de percentual ínfimo de funções de confiança – destinadas às atribuições de direção e assessoramento – a