**2ª Prova Bimestral de Direito Administrativo 2 - T21 e T22**

**Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira**

**Observação n. 1:** *A prova terá duração máxima de* ***1h30 (uma hora e trinta minutos)*** *sem prorrogações, somente será possível utilizar uma folha de prova (frente e verso) e é terminantemente proibido destacar o caderno contendo as questões, o qual poderá ser utilizado para fins de rascunho.* **Observação n. 2:** *As respostas devem ser claras, concisas e amplamente fundamentadas, com começo, meio e fim; a letra do aluno deverá ser intelegível para o Professor, sob pena de desconsideração total da nota correspondente à questão.* **Observação n. 3:** *Somente será permitida a consulta à legislação seca, sem nenhum comentário ou anotações feitas pelo aluno ou por terceiros, sob pena de retirada imediata do material, da prova e outorga da nota ZERO.*

**1.** O Ministério Público Federal ajuíza, na 1ª Vara na Justiça Federal do Distrito Federal, Ação de Improbidade Administrativa contra o Presidente da República e a empreiteira EXPERTONA INFRAESTRUTURA – América Latina, pela prática de atos de improbidade tipificados, o primeiro, no art. 10, incs. VI, VII, IX e XI; a última, no art. 9º, XI e XII, todos, da Lei de Improbidade, em virtude de supostas ilegalidades e desvios de verbas públicas que teriam sido cometidos no processo de contratação de obra destinada à renovação e ampliação do Aeroporto de Brasília. **Pergunta-se**: **a)** considerando que você é Juiz(a) Federal encarregado(a) de apreciar a petição inicial, e considerando também que *in casu* existe justa causa, decida sintética e motivadamente, com base no art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade, no que diz respeito à adequação da via eleita, em relação a cada um dos acusados; **b)** seria possível ao Ministério Público Federal ajuizar concomitantemente contra os mesmos acusados a Ação Civil de Responsabilização prevista na Lei Anticorrupção, considerando também haver indícios suficientes de práticas de corrupção? Por quê? Fundamente. **(3 pontos)**

**Gabarito:** **R.a)** Primeiramente, em relação à Presidente da República, a ação deve ser rejeitada em razão da inadequação da via eleita (art. 17, par. 8º). A Lei de Improbidade não é aplicável àqueles que estão sujeitos à Lei n. 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade). Embora haja alguma polêmica em relação aos governadores e prefeitos, em relação à Presidência da República este entendimento é pacífico. “O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. (STF, Rcl 2138 DF)”. O julgamento dos atos de improbidade praticados pela Presidente da República “se dá em regime especial pelo Senado Federal” (STJ, Rcl 2790 SC) (vide art. 52, I, art. 85, V, da CF). Em decorrência disso, em relação à empreiteira, a ação também não deve ser recebida. Embora o art. 3º da Lei de Improbidade permita a aplicabilidade da lei àquele que, “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, a permanência da empreiteira no polo passivo da ação dependeria da presença de, ao menos, outro agente público – a empreiteira não poderá permanecer como a única integrante do polo passivo, já que um ato de improbidade obrigatoriamente deve ser praticado por um agente público (vide STJ, REsp nº 1.405.748/RJ). Em tese, a empresa pode ser responsabilizada nos termos da Lei Anticorrupção, administrativa e civilmente, mas não com base da Lei de Improbidade. **b)** Em relação à propositura de ação civil de responsabilização com base na Lei Anticorrupção, esta possibilidade existe somente em relação à empreiteira, uma vez que as penalidades da referida lei e a reparação do dano são direcionadas exclusivamente às pessoas jurídicas que cometem atos de corrupção contra a Administração Pública. (art. 1º, 8º e 18 da Lei Federal n. 12.846/2013), e não aos agentes públicos ou agentes políticos, cujo âmbito de responsabilização se dá por meio de leis distintas (no caso, Lei de Crime de Responsabilidade e Lei de Improbidade Administrativa).

**2.** O *Estado de São Paulo* celebrou em 10.03.2006 com o *Consórcio Via Quatro S.A* o contrato de parceria público-privada, tendo por objeto concessão patrocinada para exploração dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, sendo a *Companhia do Metropolitano de São Paulo* (“Metrô”) parte interveniente ao contrato. O Edital, o Contrato de Concessão e seus anexos previram que a Linha 4 entraria em operação em duas fases. A primeira fase abrangia o funcionamento simultâneo de seis estações (Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz), e a segunda fase de todas as demais estações (Vila Sônia, Morumbi, Fradique Coutinho, Oscar Freire e Higienópolis). O Estado ficou responsável pela realização antecipada das obras de construção civil da Linha 4, as quais foram contratadas pelo Metrô em regime de empreitada global. Basicamente, os investimentos a cargo da Concessionária consistem na aquisição de trens e sistemas informatizados, considerados necessários à operação da Linha 4, e que seriam utilizados para a posterior exploração dos serviços de transporte de passageiros. **Responda:** Na tarde de 12.01.2007, parte do canteiro das obras da Estação Pinheiros da Linha 4 do Metrô desabou, e uma enorme cratera se abriu com 80m de diâmetro e 30m de profundidade, submergindo veículos e pessoas que passavam pelo local. Na qualidade de advogado(a) das vítimas, você é procurado para obter judicialmente indenização pelos danos. Contra quem, e sob quais fundamentos fáticos e jurídicos você irá ajuizar a demanda? Por quê? Justifique. **(3 pontos)**

**Gabarito: R.** Em princípio a ação de indenização deverá ser ajuizada apenas em face da empreiteira contratada pelo Metrô, com fundamento no art. 70, da Lei n. 8666/93. Porém, se tiver havido falha na fiscalização ou acompanhamento da obra pelo metrô ou se a empresa não for capaz de suportar os prejuízos, o Metrô poderá, eventualmente, ser responsabilizado com base nos art. 67, c/c art. 70 da Lei nº 8.666/93. Contudo, a responsabilidade dos envolvidos poderá ser atenuada ou excluída caso se comprove que o acidente ocorreu em razão de força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro nos termos do art. 393 do Código Civil. No caso, o acidente não decorreu da prestação do serviço de transporte pela concessionária, portanto, não se enquadra na responsabilidade objetiva amparada na teoria risco administrativo e prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal.

**3.** No Diário Oficial do Estado *Y* é publicada a nomeação de Conceição Guimarães, para ocupar cargo em comissão de Assessora Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado. **Pergunta-se:** o ato de nomeação para o cargo em comissão é legal, **a)** considerando ser a mesma filha do Senador Ralf de Jesus, eleito pelo mesmo Estado? Fundamente; **b)** considerando ser a mesma prima em 1º grau do Presidente do Tribunal de Justiça? Fundamente. **(2 pontos)**

**Gabarito:** A súmula vinculante nº 13 do STF expressa uma interpretação do art. 37 da Constituição Federal (princípios da moralidade e da impessoalidade). O objetivo de ambas as regras é coibir que os interesses políticos interfiram no processo de escolha de agentes públicos em prejuízo ao interesse coletivo e à eficiência pública. a) Sim, é legal, nos termos da Súmula Vinculante n 13, porque Conceição irá ocupar um cargo de confiança vinculada à pessoa jurídica do Tribunal de Justiça do Estado, e em que pese o Senador ter sido eleito pelo Estado, ocupa cargo pertencente à pessoa jurídica da União. b) Sim, é legal. Segundo o STF (MS 31697 julgado em 11 de março de 2014), a configuração do nepotismo NÃO decorre da simples existência de parentesco de forma objetiva. *“Devem ser objeto de apuração as causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público”[[1]](#footnote-1).* O nepotismo só se configura quando a relação de parentesco é o MOTIVO da nomeação. Em outras palavras, quando o agente público não detém qualidade ou formação profissional, mas simples relação de parentesco com a autoridade nomeante. A mera qualidade de primo (parente de quarto grau), portanto, não encontra causa impeditiva pela vedação estabelecida pela Súmula Vinculante nº 13. Aliás, o grau de parentesco entre a filha do Senador e o Presidente do TJ (primos) sequer poderá ser atingida pela limitação imposta pela súmula – afinal, pois, veda-se nomeação de parente até o 3º grau.

**4.** No final de 2015, cerca de 200 escolas estaduais paulistas foram ocupadas por manifestantes contrários às alterações realizadas no Sistema Estadual de Ensino. O Secretário de Estado da Segurança Pública discricionariamente solicitou parecer jurídico à Procuradoria Geral do Estado sobre a possibilidade e limites do exercício pelo Estado das faculdades dispostas no art. 1.210, §1º do NCC. Discorrendo sobre polícia dos bens públicos e uso justificado do desforço imediato pelo Estado, no parecer exarado constou que *“à Administração Pública é facultado manter ou retomar a posse de seus bens em caso, respectivamente, de turbação ou esbulho, independentemente de ordem judicial”*. Esclarecendo a natureza jurídica dos bens públicos invadidos, **responda**: **a)** pode a Administração Pública proceder, a qualquer tempo, à retomada da posse das escolas estaduais, inclusive valendo-se do uso de força policial, dispensando a adoção dos interditos possessórios? Por quê? Fundamente; **b)** qual a natureza jurídica do parecer jurídico proferido pela Procuradoria Geral do Estado? Poderia em tese o Secretário Estadual de Segurança Pública desconsiderar o conteúdo de referido parecer decidindo, por exemplo, pela adoção dos interditos possessórios para viabilizar a retomada da posse dos bens públicos invadidos? Como? Fundamente. **(3 pontos)**

**Gabarito: a)** Considerando que as escolas públicas são, por excelência, bens públicos de uso especial (afetados ao exercício de serviço público essencial do Estado), seu regime jurídico é puramente publicístico. Nessa situação, a melhor doutrina (a exemplo de MEDAUAR e MEIRELLES) e jurisprudência são unânimes em apontar a possibilidade do exercício de autotutela administrativa para retomar a posse de bens comuns ou de uso especial diante de sua turbação ou esbulho. Enquanto ao sujeito privado é destinada, exclusivamente, a tutela de sua propriedade por intermédio do Poder Judiciário, à Administração Pública é facultado o exercício de sua autotutela, visando preservar os bens públicos contra sua apropriação indevida por terceiros.Situação contrária seria observável caso o bem público turbado ou esbulhado figurasse como “dominical”, cujas características de um regime jurídico público mitigado, aproximam-no do regime de direito privado (sendo necessário, portanto, o recurso ao Poder Judiciário). **b)** Trata-se de parecer facultativo opinativo, emitido pelo Procurador Geral do Estado no bojo de suas competências de assessoria jurídica, não vinculando, portanto, a atuação do agente estatal. Na presença de parecer jurídico facultativo opinativo, é facultado ao órgão consulente seu acatamento, ou não; caso o Secretário não adira a referido parecer, a única consequência prática advirá da necessidade de motivar o porquê de não o fazer. No caso em tela, nos termos da decisão proferida no bojo da ADPF 412/DF, não advém efeitos concretos do parecer, posto se tratar de manifestação meramente opinativa (STF, ADPF 412/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 12.05.2017).

1. GARCIA, Emerson. O nepotismo. Revista do Ministério Público. N. 19 (jan./jun. 2004). Rio de Janeiro: Ministério Público. [↑](#footnote-ref-1)