

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE PROCURADOR DO ESTADO DE SERGIPE

PROVA DISCURSIVA P_2 – QUESTÃO 1

Aplicação: 3/12/2017

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

1 O instituto da remessa necessária (ou reexame necessário) condiciona a produção de efeitos da sentença à sua confirmação pelo tribunal, em situações especificamente previstas em nosso ordenamento jurídico. Recentemente, o STJ superou divergência, até então existente, e consagrou o entendimento de que é cabível o reexame necessário em ação de improbidade administrativa, independentemente do valor atribuído à causa. O entendimento se fundamenta na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (*vide* art. 496 do CPC/2015). Ademais, **em decorrência do microssistema de tutela coletiva**, segundo expressamente decidido nesse julgamento, “por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n.º 4.717/1965, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário”. (EREsp 1220667/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/6/2017.)

2 No procedimento previsto para a ação de improbidade administrativa, antes do recebimento da petição inicial pelo juiz, o réu é notificado para se manifestar (art. 17, § 7.º, da Lei n.º 8.429/1992). Segundo o STJ, nos casos em que não for realizada a notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar, a nulidade será relativa. Apesar de constituir fase obrigatória do procedimento especial da ação de improbidade administrativa (e evitar ações temerárias), a inobservância da fase preliminar não acarreta necessariamente a nulidade de todo o processo. Assim, a declaração de nulidade depende da efetiva comprovação de prejuízo ao réu condenado, e o processo não deve ser anulado se a sentença tiver sido dada em processo em que tenha havido regular instrução probatória com plena observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório após o recebimento da inicial. (EREsp 1008632/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11/2/2015, DJe 9/3/2015.)

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE PROCURADOR DO ESTADO DE SERGIPE

PROVA DISCURSIVA P_2 – QUESTÃO 2

Aplicação: 3/12/2017

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

- 1 O princípio republicano é um princípio constitucional sensível (CRFB/1988, art. 34, VII), ou seja, ~~cláusula pétrea~~ e de observância obrigatória pelos estados. São elementos característicos do princípio republicano a eletividade dos governantes, a temporariedade dos mandatos (**equivalente: alternância**) e a responsabilidade dos agentes públicos (**equivalente: accountability**). **Considerar, em acréscimo, como elemento característico do princípio republicano: a isonomia ou a igualdade entre as pessoas.**
- 2 As exceções ao princípio republicano só podem ser estabelecidas na própria Constituição Federal (CF), salvo disposição expressa em contrário na própria CF. Essas exceções são, portanto, normas de reprodução proibida nas Constituições estaduais (**equivalente: ausência de simetria**).
- 3 A imunidade do chefe de Estado à persecução penal (CF, art. 51, I) é artigo da CF que contém uma exceção ao princípio republicano (**por não observar os princípios da igualdade; e da accountability dos agentes públicos e da separação de poderes**). Não há previsão/autorização de que seja reproduzida no âmbito estadual. Por ser exceção a princípio constitucional sensível, só pode ser estabelecida na própria CF e não pode ser reproduzida nas Constituições estaduais, ou seja, os estados não podem condicionar a persecução criminal do governador à prévia autorização da assembleia legislativa.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR DO ESTADO DE SERGIPE

PROVA DISCURSIVA P₂ – PEÇA PROCESSUAL

Aplicação: 3/12/2017

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

Espera-se do candidato resposta compatível como a apresentada a seguir.

EXMO(A). SR(A). DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA XXX VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE ARACAJU – SE (ou da VARA XXXX DA COMARCA DE XXXXX DO ESTADO DE SERGIPE)

Ou

EXMO(A). SR(A). DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA XXX VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Ou

EXMO(A). SR(A). DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA XXX VARA DA COMARCA XXX

Ação nº. XXX

O ESTADO DE SERGIPE ou O ESTADO réu/demandado XXX, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado por seu procurador infra-assinado, vem, tempestivamente, em atendimento ao mandado de citação recebido, apresentar CONTESTAÇÃO em face das alegações e pedidos formulados na ação declaratória de nulidade mencionada, proposta por Antônio, servidor público, autor da presente ação, qualificado na inicial, dados os fundamentos que passa a expor:

[O relatório dos FATOS foi dispensado conforme comando da prova.]

DO DIREITO

1 Da inexistência de violação ao contraditório e à ampla defesa

Insurge-se o autor contra o procedimento apuratório que culminou com a suspensão do pagamento correspondente à parcela remuneratória referente à sua promoção para a 1.^a Classe do quadro da carreira de Agente da Polícia Civil do estado de Sergipe alegando a ofensa aos princípios do contraditório e à ampla defesa, sustentando que não lhe fora oportunizada manifestação nos autos do procedimento instaurado em sede de auditoria interna pela Secretaria de Segurança Pública do estado, que identificou a irregularidade discutida nos presentes autos. Ocorre que, conforme entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência nacionais, a apuração preliminar de fatos que supostamente possam resultar na instauração de processo disciplinar não precisa estar amparada na rigorosa observância do contraditório ou da ampla defesa, nem mesmo na publicidade, já que não se trata ainda de processo administrativo disciplinar, mas de sindicância administrativa, inquisitorial ou investigativa, cuja finalidade é a apuração de irregularidades e identificação de seus elementos, não se constituindo juízo ou mecanismo de acusação.

Nesse sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho: “Entre os processos não litigiosos se incluem o inquérito policial, o inquérito civil e a sindicância administrativa. Trata-se de processos que têm por objeto apenas uma apuração, sendo, pois, inquisitórios, e não contraditórios. Neles não incide o princípio da ampla defesa e do contraditório, estando ausente qualquer litígio formal” (**Manual de direito administrativo**, 31.^a ed., São Paulo, 2017, p. 544). Igualmente, adverte Matheus Carvalho: “A sindicância, nesse caso, existe somente para apuração de fatos e será extinta com uma conclusão, a qual pode determinar a instauração do processo administrativo disciplinar ou estabelecer o cometimento de falhas na prestação da atividade pública. Com efeito, essa sindicância pode resultar na determinação de rescisão de contratos, instauração de procedimento de tomada de contas, entre outras medidas” (**Manual de direito administrativo**, 4.^a ed., Salvador, 2017, p. 1148). Esse caráter preparatório da sindicância que dispensa a observância do contraditório e da ampla defesa é destacado pelo STJ, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA – LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – DIREITO ADMINISTRATIVO – SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA OU APURATÓRIA DE SUPOSTA INFRAÇÃO COMETIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS – NATUREZA INQUISITORIAL – DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES DO PROCESSO. (...) 3. Sendo a sindicância investigativa ou apuratória procedimento com natureza

inquisitorial e preparatória, prescinde ela da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais serão devidamente respeitados se desse processo sobrevier formal acusação aos servidores públicos. Precedentes. (STJ. MS 19243/DF, 1.ª Sessão, Rel. Ministro Eliana Calmon, DJe 20/9/2013.)

2 Da inocorrência da decadência

Igualmente não prospera o argumento da inicial que aponta para a ocorrência da decadência do prazo para que o ~~estado de Sergipe~~ **Estado/réu/demandado** revise e anule o ato de concessão da promoção do autor. Isso porque, como ficou patentemente demonstrado na apuração realizada, a pontuação necessária para o alcance da promoção foi obtida mediante a apresentação de título fraudulento, configurando inegavelmente a má-fé da parte autora para a obtenção de vantagem funcional na progressão. Desse modo, ainda que passados mais de oito anos da publicação do ato, tendo sido plenamente iniciados os efeitos da promoção ~~conforme o § 6.º do art. 147 da Lei n.º 2.148/1977 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Sergipe)~~, o presente caso situa-se na exceção prevista no art. 54 da Lei n.º 9.784/1999 ao salvaguardar a má-fé dos beneficiários da ocorrência da decadência após o prazo de cinco anos:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1.º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2.º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o MS 32569/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, na 1.ª turma, publicado no DJe 9/2/2017, e também do Superior Tribunal de Justiça em julgado do qual se destaca o seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARGO PÚBLICO. HABILITAÇÃO LEGAL. FALTA. EXONERAÇÃO *EX OFFICIO*. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. MÁ-FÉ. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI N.º 9.784/1999. I – O prazo decadencial para a administração anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados de 1.º/2/1999, data da entrada em vigor da Lei n.º 9.784/1999. Contudo, o decurso do tempo não é o único elemento a ser analisado para verificação da decadência administrativa. Embora esta se imponha como óbice à autotutela tanto nos atos nulos quanto nos anuláveis, a má-fé do beneficiário afasta sua incidência. (STJ. MS 13407 / DF, 3.ª Sessão, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 2/2/2009.)

3 Do princípio da autotutela da administração pública

Outro ponto sobre o qual o autor alega ser nula a decisão do ~~estado de Sergipe~~ **Estado/réu/demandado** que resultou na suspensão do pagamento correspondente à sua promoção e na determinação do ressarcimento ao erário é o da impossibilidade de a administração rever seus atos e anulá-los quando eivados de ilegalidade em decorrência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. Contudo, a vigência de tais princípios não pode conviver com a existência da má-fé observada no caso dos autos. Ademais, constitui poder-dever da administração, como consectário do princípio da autotutela, a prerrogativa de anular seus atos eivados de nulidade, porque deles não se originam direitos.

Acerca do tema, a Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Da mesma forma, dispõe o art. 53 da Lei n.º 9.784/1999 que “a administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

4 Do dever de ressarcir o erário

Quanto à alegada ausência do dever de ressarcir o erário pelo prejuízo causado porque os valores indevidamente recebidos constituem verba de caráter alimentar, vale advertir que a ressalva jurisprudencial à obrigação de repor os recursos decorre do dever de lealdade da relação mantida entre os servidores e o estado. Assim, a presunção de boa-fé que deve orientar as relações entre ambos, assim como o comportamento do estado frente aos administrados, tem caráter relativo e admite prova em contrário, como é o caso dos autos. Logo, impõe-se o dever de ressarcir quando a má-fé fique configurada, e os pagamentos tenham sido realizados por artifício fraudulento causado pelo próprio beneficiário, o que, por sua vez, indica a suposta prática de ato de improbidade administrativa a ser apurada no processo administrativo disciplinar. Admitir o contrário seria privilegiar o comportamento de agente público em benefício da sua própria torpeza. Além disso, não se trata aqui de prejuízo suposto ou presumido, mas quantificado pela auditoria interna da Secretaria de Segurança Pública do estado e demonstrado nos autos. Nesse sentido, aplica-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, que afasta a jurisprudência sobre a ausência do dever de repor o prejuízo, se presente a prova de fraude ou má-fé do servidor:

A reposição ao erário dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração. (STF – MS 25641/DF. Rel. Ministro Eros Grau, DJe 21/2/2008.)

5 Da legalidade do desconto em folha em 30% sobre a remuneração

~~— Alega ainda o autor que o desconto fixado na decisão administrativa impugnada na presente ação seria ilegal, pois não autorizado pelo próprio servidor. Impugna também o percentual fixado, que ultrapassaria o limite legal. Sobre o tema, trata especificamente a Lei n.º 2.148/1977 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe):~~

~~Art. 151 — A anulação de promoção indevida não acarretará devoluções pecuniárias, salvo se o funcionário prestou declaração falsa, ou omitiu informações prejudiciais à elevação funcional.~~

~~— Quanto ao limite do percentual admitido para o desconto, aplica-se aqui também a Lei n.º 2.148/1977:~~

~~Art. 82 — Salvo disposição em contrário, deste estatuto, serão descontados do vencimento ou da remuneração do funcionário, em parcelas não excedentes a 10% (dez por cento) do vencimento ou da remuneração, as reposições ou indenizações devidas à fazenda estadual.~~

~~§ 1.º — Tratando-se de reposição ou indenização proveniente de apropriação indevida de recursos do estado, com o emprego de comprovada má-fé, os descontos poderão ultrapassar o limite fixado neste artigo, a critério das autoridades indicadas no art. 4.º deste estatuto, conforme o caso.~~

~~— Desse modo, observa-se que inexistente ilegalidade na realização do desconto no percentual de 30% sobre a remuneração do autor, tal qual fixado na decisão que se pretende anular com a presente ação.~~

5 Suprimido

6 Do poder disciplinar e da adequação da instauração do processo disciplinar

Por último, insurge-se o autor contra a determinação de instauração de processo administrativo disciplinar, sob o fundamento de que violaria o princípio da proporcionalidade. Ocorre que, além da expressa autorização legal para a abertura do processo no caso, tal atribuição decorre do exercício do poder disciplinar da administração, que mantém sob suas funções executivas a de apurar e aplicar penalidades aos servidores faltosos. Como correlato do poder hierárquico, o poder disciplinar visa organizar o funcionamento da administração pública e a conduta dos seus servidores segundo a legalidade de sua atuação, responsabilizando-os pelos ilícitos funcionais cometidos. Nesse sentido, determina a Lei n.º 2.148/1977 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe):

~~Art. 274 — Instaurar-se-á processo administrativo disciplinar, para apuração de irregularidades no serviço público e responsabilização dos seus autores.~~

Não há que se cogitar de desproporcionalidade, pois a gravidade da conduta apurada na auditoria interna e a suposta falsificação de documento com a finalidade de obter vantagem remuneratória exigem os devidos esclarecimentos, além de eventual aplicação da pena cabível para o cometimento de ato de improbidade, caso assim conclua a comissão processante. Por fim, o juízo de proporcionalidade mostra-se apto à revisão judicial quando da própria imposição da penalidade, e não no ato de abertura do processo, quando ainda nem foram apuradas as irregularidades noticiadas mediante as garantias do contraditório e do devido processo legal.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, demonstrada a ausência de fundamentos nas alegações articuladas na inicial, requer o ~~estado de Sergipe~~ **Estado/réu/ demandado** que se digne V. Exa. a

I – julgar improcedentes todos os pedidos formulados pela parte autora;

II – condenar o autor ao ônus da sucumbência, com consequente pagamento de honorários advocatícios a serem fixados por este juízo e custas processuais correspondentes.

Ass.

Procurador do Estado de Sergipe
Procurador do Estado