

# **ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

**Exame de Ordem 2010.1**

## **PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

## **PADRÃO DE RESPOSTA**

## **PEÇA PROFISSIONAL**

O ato a ser impugnado é de ministro de Estado, sendo o foro competente o Superior Tribunal de Justiça. Há prova pré-constituída e direito líquido e certo, visto que o candidato foi chamado para apresentação de documentos para a nomeação, devendo ser impetrado, portanto, mandado de segurança como medida mais adequada.

Ainda que de forma rudimentar (a título de exemplo: “qualificação, residente e domiciliado etc.”), deve-se mencionar a legitimidade ativa e qualificar o impetrante corretamente, nos termos do artigo 282, inciso II, do CPC. Por outro lado, deve-se, especificamente, identificar o ministro como autoridade coatora, e não, o Ministério X. Necessidade de pedir ciência da União (Lei n.º 12.016/2009, art. 6.º).

O mérito traz importante questão administrativa: a aprovação dentro do número de vagas. Em um primeiro momento, o candidato não possui direito líquido e certo à nomeação. Todavia, a publicação de ato chamando todos os aprovados para apresentação de documentos impõe à administração a nomeação desses convocados. Portanto, a partir de então, o candidato teria direito líquido e certo à sua nomeação, visto que aprovado dentro do número de vagas e convocado para a apresentação de documentos. Nesse mesmo sentido:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS PARA APRESENTAR DOCUMENTOS PARA NOMEAÇÃO. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VAGAS. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. INVESTIDURA NO CARGO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO.

1. A publicação de edital convocando os recorrentes para: ‘(...) tratarem de assunto relacionado ao processo de nomeação nos respectivos cargos efetivos’, determinando, inclusive, a apresentação de diversos documentos a esse propósito, faz crer que há cargos vagos, o que, aliás, restou comprovado nos autos, e que a Administração necessita supri-los. Em outras palavras, a Administração obriga-se a investir os recorrentes no serviço público a partir da publicação desse instrumento convocatório, pois vinculada ao motivo do ato.

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, decidiu a eg. Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça que: ‘A vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará’ (RMS 30.110/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.10).

3. Direito líquido e certo dos impetrantes à investidura nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará.

4. Recurso ordinário a que se dá provimento.”

(RMS 30.881/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS CLASSIFICADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE OFERTADAS NO CERTAME. POSTERIOR SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. VEICULAÇÃO DE EDITAL CONVOCATÓRIO NOMINAL PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS DE NOMEAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEMONSTRAÇÃO DE INSUPERÁVEL RAZÃO FINANCEIRA. RECURSO PROVIDO.

1. Para a impetração do Mandado de Segurança se exige tão só e apenas a demonstração, já com a petição inicial, da ameaça ou vulneração a direito individual ou coletivo líquido e certo, por ato de autoridade, bem como a comprovação prévia e documental dos fatos suscitados, de modo que se mostre despidiêda qualquer dilação probatória, aliás inoportável no procedimento peculiar deste remédio constitucional.

2. A Constituição Federal prevê duas ordens de direito ao candidato devidamente aprovado em concurso público: (a) o direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente e (b) o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados (art. 37, IV, da CF).

3. A Secretaria do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará, por meio do Edital 23/2008, convocou nominalmente os recorrentes a comparecerem ao Departamento de Recursos Humanos da Superintendência da Polícia Civil para entrega de documentos com o objetivo de dar início ao processo de nomeação para os respectivos cargos efetivos, revelando, dessa forma, a necessidade do provimento das vagas existentes.

4. A partir da veiculação, por meio de Edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficariam, em princípio, à discrição administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados; somente diante de relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, devidamente comprovada, esse direito subjetivo poderá ser postergado.

5. Neste caso, a aprovação/classificação dos recorrentes no Concurso Público para o provimento de cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.<sup>a</sup> Classe do Estado do Ceará se deu além do número de vagas ofertadas no Edital de abertura, porém, documento oficial do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social, posteriormente expedido, indica a existência de 237 vagas de Inspetor de Polícia Civil do Estado do Ceará, conforme indica a Lei Estadual 14.112/08, dessa mesma Unidade Federativa.

6. A vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1a. Classe do Estado do Ceará.

7. Recurso provido para assegurar aos recorrentes a investidura nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.<sup>a</sup> Classe do Estado do Ceará, em que pese o parecer ministerial pelo desprovimento do recurso.”

(RMS 30.110/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 05/04/2010)

Presentes o *fumus boni juris*, já que todos os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas inicialmente previsto no edital (20) foram chamados para apresentarem documentos para fins de nomeação, e o *periculum in mora*, uma vez que a posse dos primeiros aprovados é iminente.

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo

CESPE / UnB

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

**PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

**PADRÃO DE RESPOSTA**

**QUESTÃO 1**

A responsabilidade civil do Estado por danos causados a usuários do serviço público é objetiva, nos termos do art. 37, § 6.º, da CF. Quanto à responsabilidade com relação ao terceiro não usuário do serviço, como é o caso do ciclista, não se pode interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6.º, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, ou seja, entre usuários e não usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada e em caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Nesse sentido: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido. (RE 591874, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820) – Processo com repercussão geral reconhecida.

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo; **na correção do item 2.2:** se, na resposta, o examinando mencionar que a responsabilidade é objetiva com relação ao não usuário e não fundamentar, atribuir **zero**. Se disser que a responsabilidade é objetiva e apontar um dos três argumentos, atribuir 1, se apontar, pelo menos, dois dos argumentos, atribuir a totalidade dos pontos.

**CESPE / UnB**

**ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

**Exame de Ordem 2010.1**

**PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

**PADRÃO DE RESPOSTA**

**QUESTÃO 2**

Trata-se de ato administrativo de efeitos concretos, e não, um ato regulamentar. Por esse motivo, poderá o proprietário do imóvel impetrar mandado de segurança junto ao STF, contra o presidente da República, visando à anulação do decreto (CF, art. 102, I, d).

O argumento fundamental é o de que a propriedade rural não poderia ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária já que é considerada pequena propriedade rural e o seu proprietário não possui outro imóvel rural, de acordo com o art. 185 da CF.

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo

**CESPE / UnB**

**ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

**Exame de Ordem 2010.1**

**PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

**PADRÃO DE RESPOSTA**

**QUESTÃO 3**

Tratando-se de contrato administrativo, o contratado tem o direito de ver mantido o denominado equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assumida pela administração.

Desse modo, quando da apresentação de sua proposta no procedimento licitatório, a empresa pautou-se pelo contexto fático então presente. A alteração do cenário, decorrente de medida geral (aumento da contribuição) não relacionada diretamente ao contrato, mas que nele repercute, provoca o desequilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do contratado, o que merece a proteção da lei. É o que a doutrina denomina de fato do príncipe.

Nesse sentido, o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993 admite que os contratos sejam alterados, com as devidas justificativas, no caso de acordo das partes, para o restabelecimento da relação pactuada inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do serviço, “objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configura álea econômica extraordinária e extracontratual.”

Ademais, o § 5.º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993 é expresso ao consignar que quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

O município pode, portanto, com fundamento no referido preceito legal, reajustar o contrato para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, de modo a garantir a execução do contrato originário.

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo

**CESPE / UnB**

**ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

**Exame de Ordem 2010.1**

**PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

**PADRÃO DE RESPOSTA**

**QUESTÃO 4**

Tendo sido extinto o cargo durante o período do estágio probatório, o servidor poderá ser exonerado de ofício porque ainda não tem a estabilidade. O fato de estar em estágio probatório não protege o servidor contra a extinção do cargo, conforme estabelecido na Súmula 22 do STF: "O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo." Diga-se, ainda, que, como se trata de provimento originário (o servidor fora "nomeado, pela primeira vez, para cargo efetivo"), não há que se falar em recondução ao cargo anteriormente ocupado, nos termos do que dispõe o § 2.º do art. 20 da Lei n.º 8.112/1990, só lhe restando a exoneração.

O servidor não dispõe da prerrogativa constitucional da disponibilidade, que, nos termos do art. 41, § 3.º, da CF, só é cabível, em caso de extinção do cargo, para servidor estável.

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja exposto o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo

**CESPE / UnB**

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)**

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

**Exame de Ordem 2010.1**

**PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL**

**ÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO**

Aplicação: 25/7/2010

**PADRÃO DE RESPOSTA**

**QUESTÃO 5**

Há embasamento legal que ampara o recurso administrativo da empresa de pequeno porte, haja vista que a administração pública não observou o que dispõe a Lei Complementar n.º 123/2006, que, instituindo o Estado Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, prescreve regras que preveem tratamento privilegiado nas licitações para as EPPs, de acordo com o *caput* do art. 44 da citada lei, segundo o qual “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

O parágrafo 2.º do referido art. 44 indica a regra aplicável especificamente ao pregão: “na modalidade pregão, o intervalo percentual estabelecido no parágrafo 1.º será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço”. A regra especificada no parágrafo 1.º do citado artigo dita o seguinte: “entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e as empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada”.

Assim, no caso em tela, haveria empate, comumente chamado pela doutrina de “empate ficto ou ficção de empate”, uma vez que se afiguram não apenas propostas com valores idênticos, mas também o empate em situações em que a diferença entre as propostas se enquadre em determinado limite percentual, sendo este, no pregão, de 5%, e, nas demais modalidades licitatórias, de 10%.

Definido e caracterizado pela administração pública o empate, deveria ela aplicar a regra estabelecida no art. 45, inciso I, da LC n.º 123/2006:

“Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar propostas de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

(...)”

Deve-se mencionar, finalmente, o parágrafo 3.º do art. 45 da citada lei complementar:

“No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.”

**Observação para a correção:** atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo