

CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE ADVOGADO DA UNIÃO

(Edital n.º 2/2004 – AGU/CESPE/UnB, de 23 de julho de 2004)

RAZÕES PARA ALTERAÇÃO/ANULAÇÃO DE ITENS E MANUTENÇÃO DE GABARITO

PROVA ALFA

ITEM 1 – mantido, pois a resposta mistura conteúdo das três teorias relativas à relação entre as pessoas jurídicas e seus agentes – a teoria dos órgãos substituiu as teorias do mandato e da representação. Portanto, os agentes integram os órgãos, sendo seus atos imputados ao órgão, mas não são representantes da pessoa jurídica ou seus mandatários. Embora uma parte da doutrina identifique, na teoria do órgão, o agente com o próprio órgão – corrente minoritária – nenhuma entende ser o agente mandatário da pessoa jurídica estatal, como a assertiva sustentava em sua parte final. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualiz. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, pp. 67-68.

ITEM 2 – mantido, pois Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 64-65, define que administração pública em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Estado e esclarece que a administração é o **instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo**. Com relação ao conceito de Administração Pública em seu sentido material, a autora Di Pietro também identifica o sentido material com a função administrativa (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 16.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 54). Por fim, ainda que o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ou de José dos Santos Carvalho Filho seja mais amplo que o conceito apresentado por Hely Lopes Meirelles, isso não torna a assertiva errada, porque nela não foi usado nenhum termo restritivo, como “somente”, “apenas”.

ITEM 3 – mantido, pois a assertiva tratava de um fato administrativo específico – o fato administrativo voluntário. A distinção entre fatos administrativos voluntários e naturais e a subdivisão dos fatos administrativos em atos e condutas administrativas, na forma como apresentada na assertiva, são sustentadas por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 86.

ITEM 4 – mantido. A primeira parte da assertiva está correta, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu livro *Curso de Direito Administrativo*, mas a segunda parte está errada. A desconcentração é uma **distribuição interna** de um conjunto de competências, do Estado para um órgão, portanto **a unidade é mantida em razão do poder hierárquico** e não de uma vinculação ou coordenação entre o Estado – desconcentrador – e o órgão – que recebe a competência por desconcentração. Em direito administrativo não se equivalem, em seu sentido jurídico, as expressões “hierarquia” e “coordenação ou vinculação”. Não é por outra razão que Bandeira de Mello, ao tratar da desconcentração, afirma que nela “**todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado hierarquia**” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 17.ed, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140).

ITEM 5 – mantido, pois a assertiva não sustenta que não poderá ser exercido o direito de ação. Afirma que os atos praticados por ministros de Estado, dotados de auto-executoriedade, não poderão ser objeto de liminares ou de medidas cautelares inominadas concedidas por juiz de primeiro grau. Esta assertiva está de acordo com a Lei n.º 8.437, 30/6/1992, art. 1.º, § 1.º.

ITEM 6 – mantido, pois ensina Hely Lopes Meirelles que nos atos discric ionários a lei confia à Administração a escolha e a valoração dos motivos e do objeto, abrangendo o mérito administrativo “os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, os que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualiz. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153). Não há equívoco quando o doutrinador inclui a expressão “justiça”, uma vez que decidir o que é justo, em face do interesse coletivo, o qual não se confunde com o justo individual, se insere dentro da discric ionariedade do administrador, uma vez que a lei não define o “justo”.

ITEM 7 – mantido, pois o ato emanado de órgãos colegiados é um **ato simples coletivo**, uma vez que a vontade de cada um dos membros do colegiado são interna *corporis*, se dissolvendo no processo de formação da decisão (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 119). A assertiva trata de atos emanados de órgãos colegiados, não de atos emanados de dois órgãos colegiados distintos, tanto que a parte final da assertiva trata da vontade autônoma de cada membro do órgão colegiado.

ITEM 9 – mantido. Segundo o art. 55 da Lei n.º 9.784/99, podem ser convalidados os atos que apresentarem **defeitos sanáveis**. A questão versava sobre atos inexistentes. Qualquer que seja a corrente adotada, não há como aplicar aos atos inexistentes o disposto no art. 55 da Lei n.º 9.784/99, porque tanto os atos criminosos quanto os atos inconclusos (por não terem se aperfeiçoado) não apresentam defeitos sanáveis (a convalidação ofenderia o princípio da legalidade).

ITEM 10 – mantido. A assertiva reproduz, com pequenas alterações, caso real. A impossibilidade de anular este ato, em razão do prazo decadencial de 5 anos, está consolidada no STJ, analisando-se, inclusive, questões de pagamento continuado. Nesse sentido, decisão no MS 7452/DF, interposto em março de 2001, (STJ, MS 7452/DF, 3.ª Seção, Jorge Scartezzini, DJ 26.8.2002, p. 158) que julgou caso de funcionário da COHAB anistiado e readmitido pela Portaria n.º 237, de 21.12.1994, publicada em 23.12.1994, que estabelece que decorridos, portanto, mais de cinco anos entre a sua edição e a data da impetração, em 20.03.2001, não pode a Administração Pública revisar tal ato em razão da prescritibilidade dos atos administrativos. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, par. 1.º, da Lei n.º 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 5 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento”. No mesmo sentido, outros precedentes: MS n.ºs 7.455/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU de 18.03.2002 e 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU de 15.05.2000.

ITEM 11 – mantido, pois a expressão “concomitantemente” é utilizada pela própria Lei n.º 8.666/93. A obrigação de fundamentar a decisão de iniciar a obra sem projeto executivo decorre do fato de que todo ato administrativo tem de ser motivado. Sustenta essa posição Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 118).

ITEM 12 – mantido, já que a assertiva se referia a um tipo específico de álea – a álea econômica. Vale dizer que Maria Sylvia Zanella di Pietro não confunde *álea econômica* com álea ordinária. Define a autora que *álea econômica* “corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, **dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão**; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes” (destaque nosso) (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264). Na mesma linha manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho, à p. 186 do seu *Manual de Direito Administrativo*, 2004. Como se pode observar, a assertiva está em harmonia com a doutrina e não ofende o disposto no art. 65, II, da Lei n.º 8.666/93.

O contrato pode ser alterado em caso de força maior que caracterize álea econômica extraordinária. Este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 78. Se a força maior **que caracterize álea econômica** for de tal magnitude que impeça a continuidade do contrato, mesmo em face da possibilidade de revisão dos seus aspectos econômicos, ele poderá ser rescindido.

ITEM 14 – mantido, pois somente a intervenção com o objetivo de regular preço é que leva à dispensa de licitação. A licitação não é dispensável quando a União intervier no domínio econômico para adquirir bens em igualdade de condições com os particulares, por força do disposto no art. 173, § 1º, CF/88.

ITEM 15 – mantido. A assertiva está errada porque afirmava que os instrumentos dos contratos sem ônus eram dispensados de publicação, o que contraria o disposto na Lei n.º 8.666/93, art. 61, parágrafo único.

ITEM 17 – mantido, pois a questão versava especificamente sobre a remuneração pela execução de serviço público objeto de concessão, a qual tem natureza de contrato administrativo, tema regido pelo art. 175 da Constituição Federal e pela Lei n.º 8.987/95. Portanto, afasta-se qualquer incidência da Súmula 545 do STF e de discussões sobre tarifas e taxas. O caso específico de concessão de serviço de fornecimento de água é exceção à regra geral, uma vez que o serviço, pela sua essencialidade e obrigatoriedade de uso, seria remunerado por taxa e não por tarifa. Ademais, o item retrata a regra geral, a qual não usa expressões como “todo”, “sempre”, “em todos os casos”. Por outro lado, o fato de a remuneração poder ser feita por fontes alternativas de receitas também não afasta a regra geral.

ITEM 18 – mantido, pois o conteúdo da assertiva está previsto, expressamente, no art. 2.º, V, do DL 227/67, com a redação dada pela Lei n.º 9.314, de 14/11/1996.

ITEM 21 – mantido, pois a servidão, que tem por fundamento, sempre, o interesse público, pode incidir sobre bens públicos e privados, uma vez que incide sobre bens alheios. Nesse sentido, claro o ensinamento de Roberto Dromi (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 586). Tome-se, por exemplo, a necessidade de instalação de uma rede de transmissão de energia elétrica que atravessasse terreno municipal. Outro exemplo está previsto na Lei n.º 9.478/97, que, em seu art. 8.º, VIII, define que cabe à Agência Nacional do Petróleo instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, ao desenvolvimento e à produção de petróleo e gás natural, à construção de refinarias, de dutos e de terminais. Na doutrina nacional, compartilha desse entendimento José dos Santos Carvalho Filho.

ITEM 22 – anulado, pois a questão não fixou que o julgamento deveria ser feito segundo o entendimento do STJ, e há divergências doutrinárias.

- ITEM 23** – mantido, pois, pela teoria da responsabilidade com culpa, o Estado só pode ser responsabilizado quando da prática de atos de gestão. Os atos de império, nessa teoria, não ensejam responsabilidade estatal porque são regidos pelas normas tradicionais e protetivas de direito público.
- ITEM 24** – mantido, pois a competência de fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais está prevista na CF/88, art. 71, V, e a de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, na Súmula 347 do STF.
- ITEM 25** – mantido, pois o conceito apresentado é de representação e não de reclamação. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., rev., ampl. e atualiz., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 795-796.
- ITEM 26** – mantido, pois as normas constitucionais são normas jurídicas, portanto elas disciplinam relações entre o Estado e os particulares. O fato de haver necessidade de norma infraconstitucional para garantir-lhe a eficácia não lhe retira sua eficácia mínima, conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet.
- ITEM 27** – mantido, pois a ADCT não é independente em relação aos demais Títulos da Constituição. Nesse sentido, a decisão do STF, na ADI 829/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/9/1994, p. 24.278
- ITEM 28** – mantido. A **assertiva não sustentou que os únicos efeitos** da norma programática eram condicionar a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário e condicionar o conteúdo da legislação futura, mas que esses eram dois efeitos, “**entre outros**”, o que faz com que ela esteja em conformidade com a posição dos doutrinadores. A afirmação de que as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, além de sustentada por José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* São Paulo: Malheiros, 3.ed., 1998, pp. 146-147, também está coerente com a posição de Paulo Bonavides e tem total coerência lógica.
- ITEM 29** – mantido, uma vez que o **princípio** da unidade da constituição não se confunde com o princípio da conformidade funcional, ainda que dele derive, conforme J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.
- ITEM 30** – mantido. A assertiva possuía dois erros: o primeiro era afirmar que o processo de recepção só se dá quando a norma promulgada e publicada sob a Constituição anterior está **formal** e materialmente compatível com a nova Constituição. Basta que ela seja materialmente compatível (exemplo: o Código Tributário Nacional, promulgado como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, ou seja, foi recepcionado mesmo sendo formalmente incompatível com a nova Constituição). O segundo erro é que as correntes doutrinárias e a jurisprudência do STF tratam a não-recepção como uma revogação, pura e simples, não sendo o caso de revogação por inconstitucionalidade, uma vez que, desde 1992, consolidou-se no STF o entendimento de que “é ilógico admitir-se inconstitucionalidade superveniente” (nesse sentido, ver ADI 521/MT, Pleno, Min. Paulo Brossard, DJ 24/4/1992).
- ITEM 31** – mantido, pois a assertiva tratava da perda da representação parlamentar **após iniciado o julgamento** da ADI. Quando isso ocorre, não há a perda da legitimidade ativa do partido político pela perda superveniente da representação parlamentar. Nesse sentido, a decisão em sede da ADI 2.054/DF, **Pleno**, Relator para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, **DJ 17/10/2003**, p. 13. Registra a ementa do acórdão: EMENTA: [...] **III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento** (grifos nossos).
- ITEM 32** – anulado, pois o texto da emenda constitucional n.º 19, de 1965, embora se refira ao controle concentrado da constitucionalidade de lei, o que não se confunde com a representação interventiva, não utiliza a expressão “ação direta de inconstitucionalidade”, a qual só foi cunhada na Constituição de 1988. Em consequência, o item deve ser anulado, por induzir a erro o candidato que conhecia o texto da emenda constitucional citada.
- ITEM 33** – mantido, pois a assertiva não tratava da autonomia da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ela afirmava que essa ação comporta uma **arguição** direta e **autônoma** de descumprimento de preceito fundamental. Quanto ao seu caráter preventivo, ele decorre do texto do art. 1.º da Lei 9.882/99.
- ITEM 34** – mantido, pois a matéria pode ser controvertida na doutrina, mas, quando do julgamento da ADC 1-DF, o Supremo Tribunal Federal consolidou os procedimentos relativos à tramitação no STF daquela ação. Assim, no julgamento dessa ação, decidiu o STF ser desnecessária a audiência do Advogado-Geral da União.
- ITEM 36** – mantido, pois a ação popular só se presta à apreciação da validade ou nulidade de atos administrativos, não abrangendo ato de conteúdo jurisdicional. Nesse sentido, decisão proferida pelo Relator, Min. Celso de Mello, no julgamento de liminar na Pet 2.018-SP, DJ 01.08.2000.
- ITEM 37** – mantido. Não há inconsistência entre a primeira parte e a parte final da assertiva. Aumentando-se a base de aplicação do percentual da gratificação, pode-se diminuir o valor do percentual sem reduzir-se o valor nominal da gratificação. O conteúdo da assertiva está de acordo com a posição do STF no RE 346.655 e no RE 317686 – AgR.
- ITEM 38** – mantido, porque, pela técnica de repartição de competências, adotada na Constituição Federal de 1988, as competências privativas dos municípios são definidas, regra geral, por indicação. Assim preleciona José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 477.

- ITEM 39** – mantido. A assertiva está errada, uma vez que os Estados não podem legislar, mesmo nas constituições estaduais, sobre crime de responsabilidade, que é matéria privativa da União. STF, ADI 132/RO, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/5/2003.
- ITEM 40** – mantido, uma vez que a assertiva não trata de repristinação, uma vez que a norma geral federal **não revoga** a norma estadual; apenas suspende a sua eficácia. Portanto, a norma estadual permanece em vigor, tão-somente não é aplicável. A suspensão da eficácia desaparece com a revogação da norma geral federal se a norma estadual não tiver sido revogada por outra norma estadual (a única norma infraconstitucional que pode revogá-la).
- ITEM 41** – mantido. As características citadas na assertiva são do princípio da eficiência, apontadas por Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 321-322. O fato de a transparência ser também característica do princípio da publicidade não invalida a veracidade da assertiva, como também a existência de outras características do princípio da eficiência não a invalida, uma vez que esta traz a expressão “entre outras”.
- ITEM 42** – mantido, O art. 51, I, da CF deve ser interpretado em conjunto com o art. 52, I, que estabelece que os ministros de Estado **só** serão julgados pelo CN nos crimes de responsabilidade conexos com os do presidente da República.
- ITEM 43** – mantido. Após a aprovação do projeto de lei de conversão, a medida provisória se mantém em vigor até que o projeto de lei seja sancionado ou vetado, independentemente de transcorrerem mais de cento e vinte dias até a sanção ou veto, conforme estabelece o art. 62, § 12, da Constituição Federal. A assertiva fazia uma afirmação em sentido contrário à disciplina constitucional da matéria.
- ITEM 44** – mantido. O presidente não pode ser processado por crime estranho ao exercício da função, por isso, não cabe ação penal por crime comum, perante o STF, por crime contra honra praticado durante a campanha eleitoral. Como o presidente não conserva o foro privilegiado após deixar o cargo, o STF não será competente para a futura ação penal, portanto não é competente para conceder *habeas corpus* em relação a essa ação futura. A situação retratada na assertiva já foi objeto de decisão no STF, quando do julgamento do HC 83154/SP, Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/11/2003, p. 8.
- ITEM 45** – mantido, porque a possibilidade descrita no item está prevista no art. 93, II, “b”, parte final.
- ITEM 46** – mantido, pois o texto da assertiva reproduz quase literalmente o disposto no art. 131, *caput* e § 3.º, da CF/88. O fato de a lei orgânica da AGU reservar aos órgãos vinculados a representação judicial e extrajudicial apenas das autarquias e fundações não torna a assertiva falsa, uma vez que não afasta a possibilidade, que tem sede constitucional, de a União ser defendida por órgão vinculado à AGU. Com relação à competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em momento algum a assertiva afirmou que a única competência desse órgão seria a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária. Por fim, a expressão “observado o disposto em lei” não induz o candidato a erro, já que não foi relacionada essa lei com a organização e o funcionamento da AGU. A leitura do texto do § 3.º do art. 131 esclarece o uso da expressão.
- ITEM 47** – anulado, por não haver indicação da posição do STJ como parâmetro para o julgamento da assertiva, em face da decisão do STF em sede do CC 7081/MG.
- ITEM 49** – mantido, Não há prioridade assegurada à cooperativa de garimpeiros para a lavra em terra indígena, porque à hipótese não se aplica o art. 174, § 4.º, conforme expresso no art. 231, § 7.º, *in verbis*: “Art. 231. [...] § 7.º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3.º e 4.º” (sem grifo no original).
- ITEM 53** – mantido. O princípio da não-afetação das receitas, de índole constitucional, veda a vinculação de receitas de **impostos** a despesas. Com isso, pretendeu o legislador constituinte dar relativa liberdade à gestão dos recursos do Estado, no caso dos impostos, já que a vinculação destas espécies tributárias poderia resultar em “engessamento” da política financeira. Tendo em vista que a Carta Política de 1988 não se referiu às taxas, a vinculação destas guarda inteira compatibilidade com o citado princípio, portanto, em harmonia com o texto da Lei Maior.
- ITEM 54** – mantido. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 165, § 2.º, traz o conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Quando o referido dispositivo afirma que essa Lei “(...) disporá sobre as alterações na legislação tributária (...)”, não está criando um novo princípio de anterioridade tributária, mas informando que, na hipótese de modificações nos normativos tributários, a lei de orçamento deverá considerar os efeitos de tais mudanças na estrutura da receita orçamentária. Veja-se, a propósito, o capítulo VII da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004 (Lei n.º 10.707, de 30/7/2003), que trata exatamente das “Alterações na Legislação Tributária”. Por lá, não há dispositivos condicionando eventual alteração na legislação tributária à autorização prévia na Lei de Diretrizes Orçamentárias.
- ITEM 56** – mantido. O dispositivo relevante para exame do item é o artigo 17 da Lei Complementar n.º 101/2000 (LRF). Não há vedação à edição de Medida Provisória ou de ato administrativo normativo para criação da despesa obrigatória de caráter continuado.
- ITEM 57** – mantido. O empenho, ato administrativo definido pelo artigo 58 da Lei n.º 4.320/64, opera no sentido de “reservar” uma parcela da dotação orçamentária para posterior pagamento. *Nenhuma despesa pública poderá ser efetuada sem o empenho*, de acordo com o artigo 60 da Lei n.º 4.320/64. Em suma, o empenho é o instrumento

legal que dá nascimento, início ao processamento da despesa pública. Por sua vez, os créditos adicionais são mecanismos retificadores da lei orçamentária anual e veiculados por projetos de lei ou medida provisória. Os créditos adicionais **trazem para a Lei Orçamentária Anual** valores “novos”, a título de retificação do plano de despesa antes efetuado, em razão de a dotação orçamentária ter se afigurado insuficiente, ser inexistente ou diante de situações imprevisíveis e urgentes.

ITEM 58 – mantido. Dotação é limite de crédito consignado na lei de orçamento ou crédito adicional, para atender determinada despesa. A expressão “dotações financeiras”, utilizada no texto do item sob recurso está, portanto, correta, informando tratar-se de uma grandeza financeira, uma verba, consoante o artigo 100, §1.º da Carta Política de 1988. Ressalte-se, ainda, que as dotações financeiras estão, segundo a redação do item 58, explicitamente relacionadas à Lei de Meios (Lei Orçamentária), guardando inteira compatibilidade com os dispositivos elencados pelo candidato recorrente. Diga-se, ademais, que não é estranha na literatura especializada a expressão “dotações financeiras”. A propósito, veja-se que, em matéria orçamentária, é utilizada, como no texto “A Constituição e o Gasto Público”, de autoria do ex-ministro do Planejamento José Serra, publicado em *Planejamento e Políticas Públicas*, em jun./1989, pp. 93-106. Em textos legais orçamentários, a expressão também é utilizada. Veja-se, nesse sentido, trecho de retificação de anexo à Lei n.º 8.931, de 22/9/94, ao se referir a objetivos da política hídrica nacional.

ITEM 59 – mantido. O Direito Financeiro, conforme a doutrina majoritária, compreende o estudo das normas aplicadas à atividade financeira do Estado. Esta atividade financeira, instrumental que é, diz respeito à captação de recursos, sua aplicação e **gestão**. A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n.º 101/2000) versa exatamente sobre as normas de finanças públicas voltadas para a **gestão** fiscal responsável. Examinar o direito financeiro, portanto, sem levar em conta os ditames normativos da gestão implicaria grande equívoco. Quanto ao edital, vale informar que o tópico 1 do item 17.2.3 se refere às “Finanças Públicas na Constituição de 1988”. Conforme o artigo 1.º da LRF, logo se vê que tais normas de gestão têm amparo no Capítulo II, Título VI, da Carta Magna, cujo título é justamente “Das Finanças Públicas”. Diga-se, por oportuno, que as obras atualizadas importantes de direito financeiro brasileiro estão em conformidade com a LRF, inclusive aquelas que traçam comentários à Lei n.º 4.320/64.

ITEM 61 – anulado, já que não trouxe explícito o período de suspensão da dívida, necessário à intervenção. A decisão busca, portanto, não prejudicar o candidato conhecedor desse fundamental detalhe da norma constitucional.

ITEM 62 – alterado de E para C. A situação hipotética trazida pelo item é tipificada segundo o artigo 359-A do Estatuto Penal, inovação trazida pela Lei n.º 10.028, de 19/10/2000. Trata-se, pois, de claro crime contra as finanças públicas, razão pela qual a resposta correta do item é “C”.

ITEM 63 – mantido, pois o conteúdo programático prevê cobrança nesse sentido, no tópico 1 do item 17.2.3, que se refere às “Finanças Públicas na Constituição de 1988”. Conforme o artigo 1.º da LRF, logo se vê que tais normas de gestão têm amparo no Capítulo II, Título VI, da Carta Magna, cujo título é justamente “Das Finanças Públicas”. fundada, conforme o artigo 29, I, da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

ITEM 65 – mantido, pois o item se refere a reduzido potencial hidrelétrico, o que não está compreendido na previsão da lei. Nesse caso, aplica-se a regra do § 4.º do art. 176 da CF, o qual dispõe, *in verbis*: “Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida”. No mais, por se tratar de matéria de direito econômico, a matéria de direito ambiental não é parte do programa de direito econômico.

ITEM 68 – mantido. A afirmativa não é verdadeira porque o art. 52 da CF concede ao Senado Federal o poder de dispor sobre limites da dívida. Pensar diferente significaria permitir a emissão desenfreada de títulos para a aquisição de toda a terra necessária à reforma agrária, de uma única vez.

ITEM 69 – mantido, pois o conteúdo do item é exatamente o que está previsto no § 2.º do art. 184 da Constituição. Dado que se edite o decreto, o Estado terá ação de desapropriação.

ITEM 74 – mantido. Conforme o art. 7.º da Lei n.º 8.884, cabe ao plenário do CADE III – decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; e IV – decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE. Portanto, não se trata de recurso, no caso do MJ.

ITEM 75 – mantido, pois o art. 16 da Lei n.º 8.884 prevê que as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. A hipótese prevista no item trata de uma situação em que, responsabilizada uma empresa por descumprimento das normas de direito econômico, seus administradores tornar-se-iam solidária e individualmente responsáveis, o que está em pleno acordo com o art. 16.

ITEM 76 – mantido, pois o item está em conformidade com o art. 146 da CF, que confere à Lei Complementar a competência para dispor sobre várias matérias, exceto alíquotas, como previsto no item, que, portanto, está errado.

ITEM 77 – mantido, porque o tratamento dado à grande empresa é o mesmo dado à empresa de médio porte. Do conjunto de empresas, recebe diferenciação as micro e as pequenas.

ITEM 76 – mantido. No caso em questão, a matéria deve ser examinada em consonância com o art. 24, que trata de legislação concorrente. O § 4.º do art. 24 da CF determina que o advento de lei federal posterior apenas

suspende a eficácia da lei estadual e não a revoga. O item está tratando de lei federal que dispôs de forma diferente sobre a matéria da lei estadual, que era de normas gerais.

ITEM 81 – mantido. No item afirma-se que, sobre as receitas de exportação, não incide IPI nem contribuições sociais. O art. 149, § 2.º, II, determina expressamente tal vedação. A Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL) incide sobre o lucro, e não sobre a receita, e, por isso, estaria já, automaticamente, excluída da matéria em questão. Ademais, quanto ao IPI, este é calculado sobre a receita decorrente da exportação e não da mera exportação. Observe-se que a imunidade nada mais é do que uma não-incidência constitucionalmente estabelecida.

ITEM 82 – mantido, pois o texto da EC 42 não apresenta qualquer dispositivo no sentido de que, “com a EC 42, a hipótese de incidência para a CIDE foi alterada, não mais possibilitando sua incidência sobre minerais de energia elétrica”.

ITEM 84 – anulado, tendo em vista que o item trata do princípio da anterioridade, que, atualmente, se expressa tanto na exigência de cobrança apenas no ano seguinte ao da publicação, quanto na exigência de um mínimo de 90 dias da publicação de lei que cria ou aumenta tributo. Como no item somente foi tratada a questão dos 90 dias, abre-se espaço à ambigüidade de entendimento.

ITEM 85 – mantido. A matéria que trata da questão definida na assertiva foi introduzida na reforma tributária (EC 42), no art. 153, § 4.º, III, possibilitando esta faculdade aos municípios. Por sua vez, a Constituição é que estabelece que a lei definiria esta liberalidade.

ITEM 86 – mantido. A mesma do item é a definição de fato gerador que configura, à luz do art. 116 do CTN, a situação de fato e não a situação jurídica. Aduza-se que a menção ao fato de que “hipótese de incidência é uma situação abstrata” e de que “só com as realizações materiais é que se concretiza a hipótese de incidência” é um fato que em nada contradiz o erro contido no item.

ITEM 87 – mantido. O parágrafo único do art. 116 do CTN trata de DESCONSIDERAR o negócio, e não de DESCONSTITUIR o mesmo, institutos absolutamente distintos.

ITEM 88 – mantido. A matéria é tratada no parágrafo único do art. 121 do CTN, que determina que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

A exemplo do imposto de renda, nada impede que uma pessoa jurídica seja responsável pela retenção e pelo pagamento dos tributos sobre a folha e, ao mesmo tempo, contribuinte de seu imposto de renda.

ITEM 89 – mantido. O item está errado, pois a condição descrita é resolutória, e, conseqüentemente, o fato se considera ocorrido em sua assinatura, conforme o art. 117, II, do CTN.

ITEM 91 – mantido. Se há documento de quitação, quem passa a se desonerar é o comprador e não o vendedor, conforme o art. 130 do CTN, o qual dispõe: “Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação”. Esta ressalva final, portanto, torna errada a afirmativa contida no item.

ITEM 93 – mantido. O art. 131 do CTN impõe a responsabilidade pelo pagamento dos tributos anteriores ao espólio, e não aos herdeiros por transferência imediata, como citado no item.

ITEM 94 – alterado de C para E. Levando-se em consideração que o curador também responde solidariamente com o curatelado nos atos em que intervier ou pelas omissões de que for responsável, obviamente esta responsabilidade, ainda que solidária, é pessoal, o que impõe considerar-se errado o item, dado que ele afirma que **somente** será responsável na hipótese aventada.

ITEM 95 – mantido. No caso, não houve aquisição do fundo de comércio nem do estabelecimento comercial, mas apenas do nome comercial. A hipótese citada no item não se subsume à previsão do art. 133, pelo que não cabe aplicá-lo à espécie.

ITEM 100 – mantido. O art. 188 do CTN prevê que são encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, **exigíveis no decurso do processo de falência**, ou seja, são encargos da massa os créditos que se tornarem exigíveis no curso do processo, e não os devidos em período anterior à decretação da falência.

ITEM 101 – mantido. Será competente para julgar o STF na hipótese de surgir conflito entre juízos submetidos a tribunais diversos, um estadual e um federal.

ITEM 102 – mantido. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. A citação válida torna prevento o juízo. Arts. 106 e 219 CPC.

ITEM 103 – mantido. A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo. Súmula n.º 206 do STJ.

ITEM 104 – mantido. No caso, competência absoluta, art. 109, I, CF. Quanto às exceções, estas não foram objeto do questionamento.

ITEM 106 – mantido, pois o item não padece do vício da ambigüidade. Imprescindível à compreensão do art. 87, diz respeito à existência de mais um fator, não referido no texto, capaz de pôr fim à perpetuação, verificada com a propositura da demanda perante juízo competente. Trata-se da conexão e da continência (arts. 102 e 103), que determinam a reunião de processos (art. 105)

ITEM 107 – mantido, pois, no caso, ocorreu a conexão e não a litispendência.

ITEM 108 – mantido. Há conexão porque são o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

ITEM 109 – mantido, pois não se pode obrigar ninguém a litigar, portanto, um só é legitimado concorrente.

ITEM 111 – mantido. Em relação ao litisconsórcio, a necessariedade e a unitariedade são fenômenos distintos e que pode haver litisconsórcio necessário não-unitário, bem assim pode existir litisconsórcio unitário não-necessário.

ITEM 113 – mantido, pois, em razão da matéria, não é previsto em lei.

ITEM 114 – mantido. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos, conforme o art. 56 do CPC.

ITEM 118 – mantido. A Súmula 392 do STF não vem sendo aplicada com certo temperamento pela jurisprudência. Confirmam-se os recentes julgados do STJ: “(...) 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que o termo inicial para a interposição de recurso ocorre com a respectiva publicação do decisório a que se visa impugnar. Da mesma forma que um recurso é considerado extemporâneo quando apresentado fora do prazo assinalado por lei, também o é na hipótese em que manejado recurso sem que tenha sido publicada a decisão atacada. Precedentes esta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Caso a parte interponha recurso contra a decisão que visa combater antes de sua publicação pelo órgão oficial, é necessário que ratifique as razões recursais. 3. Agravo regimental improvido”. (AROMS 13176/SP; Relator Ministro CASTRO MEIRA, Data do Julgamento 06/05/2004; DJ 09.08.2004 p. 00195).

“(…) Nos termos do enunciado da Súmula 392 do STF, em se tratando de acórdão concessivo de segurança, o termo inicial do prazo recursal é a data da respectiva publicação no órgão oficial, e não a da cientificação da autoridade coatora. Precedentes.

Compete ao agravante zelar pela adequada formação do instrumento do agravo. A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça de traslado obrigatório (art. 544, § 1.º, do CPC), de forma que a sua ausência enseja o não-conhecimento do agravo de instrumento. Agravo Regimental a que se nega provimento”. (AGA 495677/GO; Ministro PAULO MEDINA; Data do Julgamento 7/10/2003; DJ 17/11/2003, p. 00393). Nesse sentido, veja também AROMS 12458/GO; Ministro HAMILTON CARVALIUDO; Data do Julgamento 9/9/2003; DJ 20/10/2003, p. 00298.

ITEM 119 – mantido. Se o recurso foi recebido no efeito devolutivo, a decisão pode ser executada provisoriamente, não sendo exigido que a parte comprove a necessidade da execução antes do trânsito em julgado da decisão.

ITEM 122 – alterado de C para E. De acordo com o art. 569 do CPC, “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.

ITEM 123 – mantido, porque dispõe o art. 595, parágrafo único, do CPC que o fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

ITEM 125 – mantido, pois quem não foi parte no processo não pode ser atingido pela sentença.

ITEM 127 – mantido, pois as decisões normativas, ou sentenças normativas, não podem se qualificar como fontes autônomas, pois resultam da atuação de um terceiro – o Poder Judiciário – para a resolução da disputa. Nos precedentes apresentados, foram analisadas as normas coletivas como instrumentos autônomos, o que não ocorre com as sentenças normativas.

ITEM 129 – mantido. No caso hipotético apresentado a julgamento, tratava-se de uma simples unidade produtiva de uma grande indústria têxtil que foi fechada, sendo o local aproveitado posteriormente, por outra indústria congênere. Não houve transferência de quaisquer dos elementos constitutivos do empreendimento, notadamente porque não há fundo de comércio vinculado a uma mera unidade de produção. Cabe acrescentar, por último, que a contratação de antigos empregados, considerados os demais elementos historiados na proposição, figura como mera coincidência, insuscetível de ensejar o reconhecimento da solidariedade entre as empresas.

ITEM 130 – mantido, pois o simples fato de o empregador não acolher o pedido de pagamento das verbas rescisórias deixa evidente que não se esvaiu o período de cinco anos para a efetivação da aposentadoria do operário ou, quando menos, que tem interesse na preservação do contrato de trabalho. Além disso, não cabe interpretar a manifestação de vontade das partes, com dados e hipóteses que não foram consignados na proposição, razão pela qual inaceitável o raciocínio fundado na aplicação analógica do art. 475 da CLT. A aposentadoria por invalidez gera a suspensão do contrato pelo prazo necessário à efetivação do benefício pela previdência social (CLT, art. 475). Por isso, não há direito à percepção de verbas rescisórias. Certa, portanto, a proposição.

ITEM 132 – mantido, pois, muito embora a licença-maternidade seja devida à trabalhadora adotante (CLT, art. 392-A), é fato que a estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT apenas alcança a trabalhadora efetivamente gestante, não havendo previsão para a trabalhadora adotante. Por isso, é certa a proposição.

ITEM 133 – mantido. A introdução da estabilidade representou condição benéfica válida e regular, absolutamente coerente com a principiologia informativa do direito do trabalho, a teor dos artigos 7.º, *caput*, e 444 da CLT, independentemente da regência do FGTS; por isso, a dissolução posterior haveria de ser precedida de decisão judicial, apurável em inquérito (CLT, art. 494), pelo que Paulo pode obter na Justiça a reintegração no emprego.

ITEM 134 – mantido. De fato, a personalidade jurídica estritamente sindical tem início com a outorga pelo MTB do registro sindical, segundo já decidiu o STF (MI 144, 3/8/92, Pertence, RTJ 147/868). Antes, portanto, não se está diante de entidade cujos dirigentes estejam albergados pelas garantias reservadas aos dirigentes sindicais. Havendo, porém, pedido de registro junto ao MTB, a estabilidade dos dirigentes eleitos poderá retroagir ao instante do protocolo desse requerimento junto ao MTB, como também decidiu o STF (RE 205107/MG, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 25/9/98, p. 21). De qualquer modo, sequer existindo o pedido de registro, não há, de fato, como reconhecer a estabilidade. Por fim, o pagamento de verbas rescisórias não configura “censura”, mas apenas o efeito do exercício regular do direito de dissolução contratual, direito potestativo reconhecido aos contratantes trabalhistas enquanto não regulamentado o art. 7.º, I, da CF.

ITEM 135 – mantido. Registra-se, inicialmente, que a aplicação do CPC ao processo do trabalho apenas se legitima em caso de omissão, como prevê o art. 769 da CLT. Nesse sentido, o DL 779/69 disciplina o tema das prerrogativas processuais aplicáveis à Fazenda Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, obviamente não inserindo no seu raio de eficácia as entidades vinculadas à Administração Pública Indireta, as quais estão vinculadas à disciplina do art. 173 da CF. Assim, quando demandado ente jurídico de direito privado, ainda que vinculado à Administração Pública Indireta (CF, art. 173), não há prerrogativas processuais a serem observadas (DL 779/69).

ITEM 138 – mantido, pois a decisão proferida na situação hipotética apresentada tem natureza nitidamente interlocutória, do que aflora a sua irrecorribilidade (CLT, art. 893, par. 1.º). Além disso, não há qualquer prejuízo imediato à União, que não possa ser sanado, se oferecer embargos após citada para tanto, sobretudo porque não necessita garantir o juízo para defender-se contra a execução (CPC, art. 730).

ITEM 141 – mantido. De acordo com o STF: “No tocante à persistência da continuidade delitiva depois de edita lei mais severa do que a anterior sob cuja vigência se iniciou essa continuidade, o Plenário desta Corte e ambas as suas Turmas já se manifestaram pela aplicação da lei posterior mais severa. Assim, na Extradução 714, relator Ministro Sepúlveda Pertence, 13.11.97, em que se afirmou a aplicação da lei nova, ainda que mais severa, quando o início de sua vigência é anterior à cessação da permanência ou da continuidade, e nos HC 74.250 (2.ª Turma, relator Ministro Marco Aurélio) e 76.680 (1.ª Turma, relator Ministro Ilmar Galvão).” (STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, HC 77.437 – DJ 16/10/98).

ITEM 144 – mantido. Conforme já decidiu o STJ: “PENAL. CO-AUTORIA E AUTORIA COLATERAL. DISTINÇÃO. Policiais militares que, em perseguição a veículo que desobedecera ordem de parar, desferem vários tiros em direção ao veículo perseguido, um deles atingindo o menor que estava na direção, matando-o. Condenação de todos os policiais, o autor do tiro fatal pela autoria, os demais em co-autoria, por homicídio consumado (art. 205, §1.º, COM), apesar de ter sido identificado o único projétil causador da morte como tendo partido da arma do primeiro. Hipótese em que, por ser a perseguição aos fugitivos desobedientes fato normal na atividade de policiamento, não se pode tomá-la como suficiente a caracterizar a necessária unidade do elemento subjetivo dirigido à causação solidária do resultado. Assim, nessa hipótese, os disparos de arma de fogo devem ser examinados em relação a cada um dos responsáveis por esses disparos, caracterizando-se, na espécie, a denominada autoria colateral. Como apenas um desses disparos, com autoria identificada, atingiu a vítima, matando-a, o autor do tiro fatal responde por homicídio consumado, os demais, ante a prova reconhecida pelo acórdão de que também visavam a vítima, sem atingi-la, respondem por tentativa de homicídio.” (STJ, RESP 37.280 – rel. Min. ASSIS TOLEDO – DJ 29/4/96)

ITEM 145 – mantido. A jurisprudência prevalente orienta-se no sentido de ser incabível a prescrição retroativa pela pena hipotética. “Indubitável que só pode haver extinção da punibilidade pela prescrição retroativa se houver, antes, sentença condenatória” (STJ, HC 4.795 – rel. Min. EDSON VIDIGAL – j. 23/9/96).

ITEM 147 – mantido. A jurisprudência do STF, revista por ocasião do julgamento do INQ 726-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94, orienta-se no sentido da legitimidade concorrente tanto do ofendido, para promover a ação penal privada, quanto do Ministério Público, para a ação pública condicionada, quando se cuidar de ofensa *propter officium* (AO 191, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.06.94; HC 74.049, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 20.09.96; HC 76.024, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.03.99; RE 173.938, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 07.04.95).

“Ação penal. Crime contra a honra de funcionário público *propter officium*: legitimação concorrente do Ministério Público, mediante representação, ou do próprio ofendido (cf. revisão de jurisprudência do STF, NO AgRg Pet. 726, Pertence, RTJ 154/410; Lex 188/378)” (STF, HC 76.735 – DJ 28/8/98). Ademais, não há que se falar em crime de desacato, uma vez que na situação hipotética não consta que o ato injurioso tenha sido praticado na presença do servidor público.

ITEM 148 – mantido. Trata-se de questão referente ao processo penal e não ao direito penal. A resposta está na súmula 42 do STJ: “**compete à justiça comum estadual processar e julgar causas cíveis em que é parte**

sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento’. O emprego da terminologia **roubo qualificado**, fazendo referência ao crime de roubo, com a causa especial de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, não é motivo para retificar o gabarito e, muito menos, anular o item. O termo é usualmente utilizado pelos tribunais superiores.

ITEM 149 – mantido. Tratando-se de crime funcional contra a ordem tributária, de aplicar-se o art. 3º, II, da Lei 8.137/90, que descreve o fato de exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar o seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida, impondo a pena de reclusão de um a quatro anos, e multa. Nesse sentido, cf. STJ, RSTJ 126/409; TJSP, RT 750/595.

ITEM 151 – mantido. A situação hipotética em momento algum fez referência ao comparecimento do réu à audiência de interrogatório. Fixa o art. 361 do CPP o prazo de 15 dias para o edital, caso o citado não tenha sido localizado. Como a citação do edital só se completa com a fruição de 15 dias a contar da publicação, nula é a citação se não se interpôs tal prazo entre a data da publicação e a marcada para o interrogatório. Nesse sentido, cf. STJ – RHC 13015 – rel. Min. LAURITA VAZ – DJ 17/6/2004; STF, RT 726/594; JSTF, 158/338; STF, RT 685/399; STF, RT 670/371.

ITEM 152 – mantido. A matéria – **Direito Processual Penal – itens 5 e 5.4** – abordada se encontra sumulada no STF. Art. 798 do CPP. **Súmula 710 do STF**: “**No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem**”. Nesse sentido, cf. STF, HC 68.113 – rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ 8/3/99; STF, JSTF, 234/310; STJ, Ag. Rg. em MS 3.127-9 – DJ 7/3/94; STJ, RSTJ 67/426.

ITEM 153 – mantido. Conforme anota GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “quando houver extinção da punibilidade no tocante à pretensão punitiva do Estado, ou seja, causas de extinção ocorrentes antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, descabe o ajuizamento de revisão criminal. Isto se dá porque o Estado não tem o direito de punir, assim declarado em decisão judicial. Logo, não há motivo algum para o julgamento de uma revisão criminal, incidente sobre decisão que declara exatamente aquilo que o réu pretende obter: a ausência do *juis puniendi* estatal.” (Código de Processo Penal Comentado, 3.ed, RT, p. 928). Nesse sentido, STF, RTJ 80/966; TACRIMSP, RT 671/330; JTACRESP 72/33.

ITEM 154 – mantido. De acordo com a jurisprudência, dependendo da situação concreta, é cabível para afastar decisão judicial que decreta a quebra do sigilo bancário. Nesse sentido: “**HABEAS CORPUS**. Inquérito policial. Quebra de sigilo bancário. Decisão que pode acarretar constrangimento ilegal à liberdade do paciente. Acórdão do STJ que, mantendo decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não conheceu de *habeas corpus* por entendê-lo incabível na hipótese. Acórdão contrário a jurisprudência do STF, que admite o *habeas corpus* (HC 79.191, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Ordem deferida para cassar o acórdão do STJ e determinar ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgue o *writ* lá impetrado.” (STF – HC 81.294-5 – Rel.^a Min.^a ELLEN GRACIE – DJ 1/2/2002).

ITEM 156 – mantido. Na espécie, não se evidencia tratar de contrato de depósito típico, mas sim de depósito de bens fungíveis vinculado a contrato de dação em pagamento firmado entre particulares. E a infidelidade do depositário de bens fungíveis não autoriza a prisão civil, pois passa a ser regido pelas regras do mútuo. Admitir-se a prisão civil à hipótese ora cogitada é tratá-la como mero instrumento para intimidar o devedor a cumprir as obrigações assumidas, o que é inaceitável. Assim, tratando-se de bens fungíveis e consumíveis, dados em garantia de dívida, é inadmissível a prisão do depositário. Confirma-se a jurisprudência do STJ: HC n.º 20.529/SP, Rel. Min. Castro Filho, unânime, DJU de 22.09.2003; HC 31.102 – SP; REsp. 188.462/GO.

ITEM 157 – mantido. Enquanto não inscrita, a hipoteca não é direito real, ficando desprovida de seqüela e preferência. Consoante exegese do art. 838, II, Código Civil, o fiador fica desobrigado se não puder sub-rogar-se nos direitos e preferências do credor hipotecário, por não ter este providenciado a inscrição da hipoteca, porquanto se presume que o fiador assumiu a obrigação convicto de que poderia contar com a garantia hipotecária. Assim, tornando o credor impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências, o fiador fica desobrigado, porque contava ele que, pagando a fiança, teria, em seu favor, a garantia real.

ITEM 163 – mantido. A responsabilidade contratual origina-se no contrato de vontades no qual surgiram as obrigações contraídas que serão descumpridas por um dos contratantes. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana tem sua fonte na lei, como exemplo tem-se o artigo 186 do Código Civil. A diferença elementar entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, é a de que o agente danoso pode ser responsável por uma conduta descumpridora de uma disposição contratual, quando é infringida uma norma do contrato entre as partes ou, então, de uma disposição legal, quando se infringe um dever legal. A primeira caracteriza a responsabilidade contratual; a segunda, a extracontratual.

ITEM 164 – mantido, pois a questão trata da vigência da lei no tempo e quanto ao aspecto de sua validade no negócio jurídico. Não pode a lei nova atingir a validade dos negócios jurídicos já constituídos, por outro, se os efeitos do ato penetrarem o âmbito de vigência da nova lei, deverão se subordinar aos seus preceitos.

ITEM 165 – mantido. Os prazos prescricionais (art. 206) atingem as pretensões, as quais são veiculadas, em sua maioria, mediante ação predominantemente condenatória. A título de exemplo, deve-se examinar o art. 206, §§1.º,

2.º e 3.º, e respectivos incisos, e art. 206, § 5.º. Os prazos decadenciais (agora dispersos pelo Código em cada situação específica) referem-se a direitos formativos, a direitos potestativos ou de sujeição, os quais são veiculados, na sua maioria, mediante ação predominantemente constitutiva (positiva ou negativa). A título de exemplo, deve-se examinar o art.119, parágrafo único, o art.178 e incisos I, II e III, o art. 445, §1.º, o art. 1555, §1.º, e o 1560, I e §2.º.

ITEM 166 – mantido. O conceito de contrariedade a direito é mais amplo que o de ilicitude, de modo que não são co-extensivos. O absolutamente incapaz não comete ato ilícito, mesmo se age contrariamente a direito, e a responsabilidade civil pelo ato danoso não decorre da ilicitude, mas da reparabilidade do dano, independentemente da ilicitude.

ITEM 167 – mantido. No direito brasileiro, o acordo de transmissão de propriedade de bem imóvel precisa ser registrado para que haja a transferência da propriedade do vendedor para o comprador. O negócio jurídico do acordo de transmissão, em si, não sofre, pela falta do registro, qualquer consequência negativa quanto a sua existência, validade ou eficácia obrigacional; apenas não produzirá a transmissão da propriedade (= eficácia real). Por isso é que, se o vendedor efetua uma segunda venda do mesmo bem a outro comprador que registra o contrato antes do primeiro, a este resta pedir do vendedor ressarcimento por perdas e danos (eficácia obrigacional), não podendo reivindicar o imóvel por não se haver produzido a eficácia real da transmissão.

ITEM 168 – mantido, pois os direitos reais concorrentes sobre a mesma coisa se exercitam segundo a ordem de constituição.

ITEM 169 – mantido. A indivisibilidade da garantia real, em tal caso, estaria sendo atingida, o que não é possível. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos artigos 1.420, 2.º, e 1.421 do Código Civil. Segundo a jurisprudência do STJ, "não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele." (Resp 282.478 – SP).

ITEM 170 – mantido. O usufruto é um direito real temporário, já que não se prolonga além da vida do usufrutuário. A única finalidade do instituto é beneficiar pessoas determinadas, ou seja, *intuito personae*.

ITEM 174 – mantido, uma vez que a inversão do ônus da prova também é cabível, a critério do Juiz, para facilitar a defesa do consumidor (art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

ITEM 182 – mantido. O item visava avaliar o destino da arrecadação das contribuições do PIS e do PASEP. Conforme o § 3.º do art. 239 da CF/88, as referidas contribuições destinam-se ao pagamento do seguro desemprego e do abono de 1 salário mínimo aos empregados, cujos empregados contribuam para o PIS/PASEP, e que recebam até 2 salários mínimos com o remuneração mensal. O item, na forma como redigido, não faz parecer que qualquer empregado que receba até dois salários mínimos faça jus ao abono, mas é claro que somente aqueles para os quais houve o recolhimento da referida contribuição. Da mesma forma, o item não precisa especificar que o limite de dois salários mínimos relaciona-se à sua remuneração mensal, já que fala em empregado, cuja remuneração somente se dá por meio de salário.

ITEM 183 – mantido. A afirmação do item está errada, já que o servidor público detentor de cargo efetivo, que possui regime próprio, e que acumule um cargo em comissão não será, necessariamente, filiado obrigatório do regime geral. Se o cargo efetivo possuir regime próprio, o exercício do cargo em comissão não será considerado para fins de filiação no regime próprio, nem no regime geral. O art. 40, § 13, da CF/88 refere-se apenas ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão, o qual ficará vinculado ao regime geral.

ITEM 184 – mantido. O item é uma transcrição literal da letra "a" do § 9.º do art. 28 da Lei n.º 8.212, de 1991, segundo o qual não integra o salário-de-contribuição os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade. O art. 31 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, por sua vez, afirma que o valor mensal do auxílio-acidente integra o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício de qualquer aposentadoria. Há uma aparente contradição entre os dois dispositivos legais. No entanto, isto se resolve pelo fato de que o auxílio-acidente não integra propriamente o salário-de-contribuição, mas, sim, é a ele adicionado, somente para fins de cálculo do salário-de-benefício, de forma a evitar a acumulação vedada entre o referido benefício e a aposentadoria.

ITEM 185 – mantido. O item em tela está errado, já que o acidente ocorrido com empregado no caminho do trabalho, mesmo quando incorre em culpa, é considerado acidente de trabalho para fins previdenciários.

ITEM 186 – mantido. O item analisado é uma transcrição literal dos incisos I e II, ambos do art. 27 da Lei 8.213, de 1991, em perfeita compatibilidade com o contido no art. 201 da CF/88, que estabelece o caráter contributivo do sistema.

ITEM 189 – mantido. O regime de previdência complementar para os servidores públicos que possuem regime próprio de previdência tem natureza pública e não privada, conforme o § 15 do art. 40 da Constituição Federal de 1988. Não se deve confundir o regime de previdência privado, que é complementar, em face dos regimes próprios e geral, sendo facultativo e que se destina a qualquer pessoa, com o regime de previdência pública, complementar e fechado, destinado aos servidores públicos que possuem regime próprio e que seja estabelecido o limite do máximo do valor dos benefícios previstos no RGPS.

ITEM 193 – mantido, pois a matéria de que trata o item está amparada no item 11 do programa, que corresponde ao tema da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Quanto ao conteúdo da assertiva, em outras palavras, as medidas provisórias são aquelas medidas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando assegurar o próprio bem jurídico que necessita de urgente proteção diante da grave ameaça de violação, e não uma mera medida processual para garantia da eficácia de futura sentença de mérito. Essa assertiva tem como fundamento o abalizado magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade, *in Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, v. 3), bem como a vasta jurisprudência das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos. Cabe lembrar que o julgamento do item não deve ser feito do ponto de vista do direito interno brasileiro, pois a temática envolve apenas institutos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PROVA BETA

ITEM 1 – mantido, pois Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 64-65, define que administração pública em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Estado e esclarece que a administração é o **instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo**. Com relação ao conceito de Administração Pública em seu sentido material, a autora Di Pietro também identifica o sentido material com a função administrativa (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 16.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 54). Por fim, ainda que o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ou de José dos Santos Carvalho Filho seja mais amplo que o conceito apresentado por Hely Lopes Meirelles, isso não torna a assertiva errada, porque nela não foi usado nenhum termo restritivo, como “somente”, “apenas”.

ITEM 2 – mantido, pois a resposta mistura conteúdo das três teorias relativas à relação entre as pessoas jurídicas e seus agentes – a teoria dos órgãos substituiu as teorias do mandato e da representação. Portanto, os agentes integram os órgãos, sendo seus atos imputados ao órgão, mas não são representantes da pessoa jurídica ou seus mandatários. Embora uma parte da doutrina identifique, na teoria do órgão, o agente com o próprio órgão – corrente minoritária – nenhuma entende ser o agente mandatário da pessoa jurídica estatal, como a assertiva sustentava em sua parte final. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualiz por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, pp. 67-68.

ITEM 3 – mantido. A primeira parte da assertiva está correta, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu livro *Curso de Direito Administrativo*, mas a segunda parte está errada. A desconcentração é uma **distribuição interna** de um conjunto de competências, do Estado para um órgão, portanto **a unidade é mantida em razão do poder hierárquico** e não de uma vinculação ou coordenação entre o Estado – desconcentrador – e o órgão – que recebe a competência por desconcentração. Em direito administrativo não se equivalem, em seu sentido jurídico, as expressões “hierarquia” e “coordenação ou vinculação”. Não é por outra razão que Bandeira de Mello, ao tratar da desconcentração, afirma que nela “todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um **sólido vínculo denominado hierarquia**” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 17.ed, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140).

ITEM 4 – mantido, pois a assertiva tratava de um fato administrativo específico – o fato administrativo voluntário. A distinção entre fatos administrativos voluntários e naturais e a subdivisão dos fatos administrativos em atos e condutas administrativas, na forma como apresentada na assertiva, são sustentadas por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 86.

ITEM 5 – mantido, pois a assertiva não sustenta que não poderá ser exercido o direito de ação. Afirma que os atos praticados por ministros de Estado, dotados de auto-executoriedade, não poderão ser objeto de liminares ou de medidas cautelares inominadas concedidas por juiz de primeiro grau. Esta assertiva está de acordo com a Lei n.º 8.437, 30/6/1992, art. 1.º, § 1.º.

ITEM 7 – mantido, pois ensina Hely Lopes Meirelles que nos atos discricionários a lei confia à Administração a escolha e a valoração dos motivos e do objeto, abrangendo o mérito administrativo “os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, os que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ed., atualiz por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153). Não há equívoco quando o doutrinador inclui a expressão “justiça”, uma vez que decidir o que é justo, em face do interesse coletivo, o qual não se confunde com o justo individual, se insere dentro da discricionariedade do administrador, uma vez que a lei não define o “justo”.

ITEM 8 – mantido, pois o ato emanado de órgãos colegiados é um **ato simples coletivo**, uma vez que a vontade de cada um dos membros do colegiado são interna *corporis*, se dissolvendo no processo de formação da decisão (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 119).

A assertiva trata de atos emanados de órgãos colegiados, não de atos emanados de dois órgãos colegiados distintos, tanto que a parte final da assertiva trata da vontade autônoma de cada membro do órgão colegiado.

ITEM 9 – mantido, pois, segundo o art. 55 da Lei n.º 9.784/99, podem ser convalidados os atos que apresentarem **defeitos sanáveis**. A questão versava sobre atos inexistentes. Qualquer que seja a corrente adotada, não há como aplicar aos atos inexistentes o disposto no art. 55 da Lei n.º 9.784/99, porque tanto os atos criminosos quanto os atos inconclusos (por não terem se aperfeiçoado) não apresentam defeitos sanáveis (a convalidação ofenderia o princípio da legalidade).

ITEM 10 – mantido. A assertiva reproduz, com pequenas alterações, caso real. A impossibilidade de anular este ato, em razão do prazo decadencial de 5 anos, está consolidada no STJ, analisando-se, inclusive, questões de pagamento continuado. Nesse sentido, decisão no MS 7452/DF, interposto em março de 2001, (STJ, MS 7452/DF, 3.ª Seção, Jorge Scartezzini, DJ 26.8.2002, p. 158) que julgou caso de funcionário da COHAB anistiado e readmitido pela Portaria n.º 237, de 21.12.1994, publicada em 23.12.1994, que estabelece que decorridos, portanto, mais de cinco anos entre a sua edição e a data da impetração, em 20.03.2001, não pode a Administração Pública revisar tal ato em razão da prescritibilidade dos atos administrativos. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, par. 1.º, da Lei n.º 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 5 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento”. No mesmo sentido, outros precedentes: MS n.ºs 7.455/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU de 18.03.2002 e 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU de 15.05.2000.

ITEM 11 – mantido, pois a expressão “concomitantemente” é utilizada pela própria Lei n.º 8.666/93. A obrigação de fundamentar a decisão de iniciar a obra sem projeto executivo decorre do fato de que todo ato administrativo tem de ser motivado. Sustenta essa posição Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 118).

ITEM 12 – mantido. Somente a intervenção com o objetivo de regular preço é que leva à dispensa de licitação. A licitação não é dispensável quando a União intervier no domínio econômico para adquirir bens em igualdade de condições com os particulares, por força do disposto no art. 173, § 1º, CF/88.

ITEM 13 – mantido, porque afirmava que os instrumentos dos contratos sem ônus eram dispensados de publicação, o que contraria o disposto na Lei n.º 8.666/93, art. 61, parágrafo único.

ITEM 14 – mantido, pois a assertiva se referia a um tipo específico de álea – a álea econômica. Vale dizer que Maria Sylvia Zanella di Pietro não confunde *álea econômica* com álea ordinária. Define a autora que *álea econômica* “corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, **dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão**; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes” (destaque nosso) (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264). Na mesma linha manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho, à p. 186 do seu *Manual de Direito Administrativo*, 2004. Como se pode observar, a assertiva está em harmonia com a doutrina e não ofende o disposto no art. 65, II, da Lei n.º 8.666/93.

O contrato pode ser alterado em caso de força maior que caracterize álea econômica extraordinária. Este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 78. Se a força maior **que caracterize álea econômica** for de tal magnitude que impeça a continuidade do contrato, mesmo em face da possibilidade de revisão dos seus aspectos econômicos, ele poderá ser rescindido.

ITEM 16 – mantido, pois a questão versava especificamente sobre a remuneração pela execução de serviço público objeto de concessão, a qual tem natureza de contrato administrativo, tema regido pelo art. 175 da Constituição Federal e pela Lei n.º 8.987/95. Portanto, afasta-se qualquer incidência da Súmula 545 do STF e de discussões sobre tarifas e taxas. O caso específico de concessão de serviço de fornecimento de água é exceção à regra geral, uma vez que o serviço, pela sua essencialidade e obrigatoriedade de uso, seria remunerado por taxa e não por tarifa. Ademais, o item retrata a regra geral, a qual não usa expressões como “todo”, “sempre”, “em todos os casos”. Por outro lado, o fato de a remuneração poder ser feita por fontes alternativas de receitas também não afasta a regra geral.

ITEM 17 – mantido. A assertiva está errada porque o descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão, pela concessionária, gera a extinção da concessão por caducidade, nos termos da Lei n.º 8.987/95, art. 37 combinado com o art. 38, § 1º, II.

ITEM 19 – mantido, pois o conteúdo da assertiva está previsto, expressamente, no art. 2º, V, do DL 227/67, com a redação dada pela Lei n.º 9.314, de 14/11/1996.

ITEM 20 – mantido. A servidão, que tem por fundamento, sempre, o interesse público, pode incidir sobre bens públicos e privados, uma vez que incide sobre bens alheios. Nesse sentido, claro o ensinamento de Roberto Dromi (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 586). Tome-se, por exemplo, a necessidade de instalação de uma rede de transmissão de energia elétrica que atravessasse terreno municipal. Outro exemplo está previsto na Lei n.º 9.478/97, que, em seu art. 8º, VIII, define que cabe à Agência Nacional do Petróleo instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de

servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, ao desenvolvimento e à produção de petróleo e gás natural, à construção de refinarias, de dutos e de terminais. Na doutrina nacional, compartilha desse entendimento José dos Santos Carvalho Filho.

ITEM 22 – anulado, pois a questão não fixou que o julgamento deveria ser feito segundo o entendimento do STJ, e há divergências doutrinárias.

ITEM 23 – mantido. Pela teoria da responsabilidade com culpa, o Estado só pode ser responsabilizado quando da prática de atos de gestão. Os atos de império, nessa teoria, não ensejam responsabilidade estatal porque são regidos pelas normas tradicionais e protetivas de direito público.

ITEM 24 – mantido, pois o conceito apresentado é de representação e não de reclamação. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 11.ed., rev., ampl. e atualiz., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 795-796.

ITEM 25 – mantido, uma vez que a competência de fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais está prevista na CF/88, art. 71, V, e a de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, na Súmula 347 do STF.

ITEM 26 – mantido, pois as normas constitucionais são normas jurídicas, portanto elas disciplinam relações entre o Estado e os particulares. O fato de haver necessidade de norma infraconstitucional para garantir-lhe a eficácia não lhe retira sua eficácia mínima, conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet.

ITEM 27 – mantido. A **assertiva não sustentou que os únicos efeitos** da norma programática eram condicionar a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário e condicionar o conteúdo da legislação futura, mas que esses eram dois efeitos, “**entre outros**”, o que faz com que ela esteja em conformidade com a posição dos doutrinadores. A afirmação de que as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, além de sustentada por José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* São Paulo: Malheiros, 3.ed., 1998, pp. 146-147, também está coerente com a posição de Paulo Bonavides e tem total coerência lógica.

ITEM 28 – mantido, pois a ADCT não é independente em relação aos demais Títulos da Constituição. Nesse sentido, a decisão do STF, na ADI 829/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/9/1994, p. 24.278

ITEM 29 – mantido. O **princípio** da unidade da constituição não se confunde com o princípio da conformidade funcional, ainda que dele derive, conforme J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.

ITEM 30 – mantido. A assertiva possuía dois erros: o primeiro era afirmar que o processo de recepção só se dá quando a norma promulgada e publicada sob a Constituição anterior está **formal** e materialmente compatível com a nova Constituição. Basta que ela seja materialmente compatível (exemplo: o Código Tributário Nacional, promulgado como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, ou seja, foi recepcionado mesmo sendo formalmente incompatível com a nova Constituição). O segundo erro é que as correntes doutrinárias e a jurisprudência do STF tratam a não-recepção como uma revogação, pura e simples, não sendo o caso de revogação por inconstitucionalidade, uma vez que, desde 1992, consolidou-se no STF o entendimento de que “é ilógico admitir-se inconstitucionalidade superveniente” (nesse sentido, ver ADI 521/MT, Pleno, Min. Paulo Brossard, DJ 24/4/1992).

ITEM 31 – anulado, pois o texto da emenda constitucional n.º 19, de 1965, embora se refira ao controle concentrado da constitucionalidade de lei, o que não se confunde com a representação interventiva, não utiliza a expressão “ação direta de inconstitucionalidade”, a qual só foi cunhada na Constituição de 1988. Em consequência, o item deve ser anulado, por induzir a erro o candidato que conhecia o texto da emenda constitucional citada.

ITEM 32 – mantido, porque a assertiva tratava da perda da representação parlamentar **após iniciado o julgamento** da ADI. Quando isso ocorre, não há a perda da legitimidade ativa do partido político pela perda superveniente da representação parlamentar. Nesse sentido, a decisão em sede da ADI 2.054/DF, **Pleno**, Relator para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, **DJ 17/10/2003**, p. 13. Registra a ementa do acórdão: EMENTA: [...] **III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento.**

ITEM 33 – mantido. A matéria pode ser controvertida na doutrina, mas, quando do julgamento da ADC 1-DF, o Supremo Tribunal Federal consolidou os procedimentos relativos à tramitação no STF daquela ação. Assim, no julgamento dessa ação, decidiu o STF ser desnecessária a audiência do Advogado-Geral da União.

ITEM 34 – mantido. A assertiva não tratava da autonomia da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ela afirmava que essa ação comporta uma **arguição** direta e **autônoma** de descumprimento de preceito fundamental. Quanto ao seu caráter preventivo, ele decorre do texto do art. 1.º da Lei 9.882/99.

ITEM 35 – mantido, pois a ação popular só se presta à apreciação da validade ou nulidade de atos administrativos, não abrangendo ato de conteúdo jurisdicional. Nesse sentido, decisão proferida pelo Relator, Min. Celso de Mello, no julgamento de liminar na Pet 2.018-SP, DJ 01.08.2000.

ITEM 37 – mantido. Não há inconsistência entre a primeira parte e a parte final da assertiva. Aumentando-se a base de aplicação do percentual da gratificação, pode-se diminuir o valor do percentual sem reduzir-se o valor

nominal da gratificação. O conteúdo da assertiva está de acordo com a posição do STF no RE 346.655 e no RE 317686 – AgR.

ITEM 38 – mantido, porque, pela técnica de repartição de competências, adotada na Constituição Federal de 1988, as competências privativas dos municípios são definidas, regra geral, por indicação. Assim preleciona José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 477.

ITEM 39 – mantido. A assertiva não trata de repristinação, uma vez que a norma geral federal **não revoga** a norma estadual; apenas suspende a sua eficácia. Portanto, a norma estadual permanece em vigor, tão-somente não é aplicável. A suspensão da eficácia desaparece com a revogação da norma geral federal se a norma estadual não tiver sido revogada por outra norma estadual (a única norma infraconstitucional que pode revogá-la).

ITEM 40 – mantido, uma vez que os Estados não podem legislar, mesmo nas constituições estaduais, sobre crime de responsabilidade, que é matéria privativa da União. STF, ADI 132/RO, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/5/2003.

ITEM 41 – mantido. As características citadas na assertiva são do princípio da eficiência, apontadas por Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 321-322. O fato de a transparência ser também característica do princípio da publicidade não invalida a veracidade da assertiva, como também a existência de outras características do princípio da eficiência, uma vez que o texto da assertiva traz a expressão “entre outras”.

ITEM 42 – mantido. Após a aprovação do projeto de lei de conversão, a medida provisória se mantém em vigor até que o projeto de lei seja sancionado ou vetado, independentemente de transcorrerem mais de cento e vinte dias até a sanção ou veto, conforme estabelece o art. 62, § 12, da Constituição Federal. A assertiva fazia uma afirmação em sentido contrário à disciplina constitucional da matéria.

ITEM 43 – mantido, pois o art. 51, I, da CF deve ser interpretado em conjunto com o art. 52, I, que estabelece que os ministros de Estado **só** serão julgados pelo CN nos crimes de responsabilidade conexos com os do presidente da República.

ITEM 44 – mantido, porque a possibilidade descrita no item está prevista no art. 93, II, “b”, parte final.

ITEM 45 – mantido. O presidente não pode ser processado por crime estranho ao exercício da função, por isso, não cabe ação penal por crime comum, perante o STF, por crime contra honra praticado durante a campanha eleitoral. Como o presidente não conserva o foro privilegiado após deixar o cargo, o STF não será competente para a futura ação penal, portanto não é competente para conceder *habeas corpus* em relação a essa ação futura. A situação retratada na assertiva já foi objeto de decisão no STF, quando do julgamento do HC 83154/SP, Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/11/2003, p. 8.

ITEM 46 – anulado, por não haver indicação da posição do STJ como parâmetro para o julgamento da assertiva, em face da decisão do STF em sede do CC 7081/MG.

ITEM 47 – mantido, pois o texto da assertiva reproduz quase literalmente o disposto no art. 131, *caput* e § 3.º, da CF/88. O fato de a lei orgânica da AGU reservar aos órgãos vinculados a representação judicial e extrajudicial apenas das autarquias e fundações não torna a assertiva falsa, uma vez que não afasta a possibilidade, que tem sede constitucional, de a União ser defendida por órgão vinculado à AGU. Com relação à competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em momento algum a assertiva afirmou que a única competência desse órgão seria a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária. Por fim, a expressão “observado o disposto em lei” não induz o candidato a erro, já que não foi relacionada essa lei com a organização e o funcionamento da AGU. A leitura do texto do § 3.º do art. 131 esclarece o uso da expressão.

ITEM 50 – mantido, tendo em vista que não há prioridade assegurada à cooperativa de garimpeiros para a lavra em terra indígena, porque à hipótese não se aplica o art. 174, § 4.º, conforme expresso no art. 231, § 7.º, *in verbis*: “Art. 231. [...] § 7.º Não **se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3.º e 4.º**.” (sem grifo no original).

ITEM 53 – mantido. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 165, § 2.º, traz o conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Quando o referido dispositivo afirma que essa Lei “(...) disporá sobre as alterações na legislação tributária (...)”, não está criando um novo princípio de anterioridade tributária, mas informando que, na hipótese de modificações nos normativos tributários, a lei de orçamento deverá considerar os efeitos de tais mudanças na estrutura da receita orçamentária. Veja-se, a propósito, o capítulo VII da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004 (Lei n.º 10.707, de 30/7/2003), que trata exatamente das “Alterações na Legislação Tributária”. Por lá, não há dispositivos condicionando eventual alteração na legislação tributária à autorização prévia na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

ITEM 56 – mantido. O empenho, ato administrativo definido pelo artigo 58 da Lei n.º 4.320/64, opera no sentido de “reservar” uma parcela da dotação orçamentária para posterior pagamento. ***Nenhuma despesa pública poderá ser efetuada sem o empenho***, de acordo com o artigo 60 da Lei n.º 4.320/64. Em suma, o empenho é o instrumento legal que dá nascimento, início ao processamento da despesa pública. Por sua vez, os créditos adicionais são mecanismos retificadores da lei orçamentária anual e veiculados por projetos de lei ou medida provisória. Os créditos adicionais **trazem para a Lei Orçamentária Anual** valores “novos”, a título de retificação do plano de

despesa antes efetuado, em razão de a dotação orçamentária ter se afigurado insuficiente, ser inexistente ou diante de situações imprevisíveis e urgentes.

ITEM 57 – mantido. O Direito Financeiro, conforme a doutrina majoritária, compreende o estudo das normas aplicadas à atividade financeira do Estado. Esta atividade financeira, instrumental que é, diz respeito à captação de recursos, sua aplicação e **gestão**. A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n.º 101/2000) versa exatamente sobre as normas de finanças públicas voltadas para a **gestão** fiscal responsável. Examinar o direito financeiro, portanto, sem levar em conta os ditames normativos da gestão implicaria grande equívoco. Quanto ao edital, vale informar que o tópico 1 do item 17.2.3 se refere às “Finanças Públicas na Constituição de 1988”. Conforme o artigo 1.º da LRF, logo se vê que tais normas de gestão têm amparo no Capítulo II, Título VI, da Carta Magna, cujo título é justamente “Das Finanças Públicas”. Diga-se, por oportuno, que as obras atualizadas importantes de direito financeiro brasileiro estão em conformidade com a LRF, inclusive aquelas que traçam comentários à Lei n.º 4.320/64.

ITEM 59 – mantido. A redação do item se reporta explicitamente à hipótese de apresentação de precatório: “**Observado o prazo constitucional de apresentação do precatório**, é obrigatória a inclusão, na Lei de Meios, de dotações financeiras (...)”. (grifo nosso). Diga-se, por oportuno, que **Lei de Meios** é a denominação dada pela doutrina à Lei Orçamentária Anual. As situações de pagamentos de pequenos valores, conforme prevê o artigo 100, § 3.º, da CF/88, são ressalvadas, **mas quanto à expedição do precatório e não quanto à inclusão orçamentária**, haja vista nenhuma despesa pública ser efetuada sem prévia autorização da Lei de Meios.

ITEM 60 – mantido, pois as dívidas ativas tributária e não-tributária não integram o conceito de dívida fundada, conforme o artigo 29, I, da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

ITEM 61 – anulado, já que não trouxe explícito o período de suspensão da dívida, necessário à intervenção. A decisão busca, portanto, não prejudicar o candidato conhecedor desse fundamental detalhe da norma constitucional.

ITEM 62 – mantido, pois o conteúdo programático prevê cobrança nesse sentido, no tópico 1 do item 17.2.3, que se refere às “Finanças Públicas na Constituição de 1988”. Conforme o artigo 1.º da LRF, logo se vê que tais normas de gestão têm amparo no Capítulo II, Título VI, da Carta Magna, cujo título é justamente “Das Finanças Públicas”.

ITEM 63 – alterado de E para C. A situação hipotética trazida pelo item é tipificada segundo o artigo 359-A do Estatuto Penal, inovação trazida pela Lei n.º 10.028, de 19/10/2000. Trata-se, pois, de claro crime contra as finanças públicas, razão pela qual a resposta correta do item é “C”.

ITEM 65 – mantido. O § 3.º define que estas cooperativas são formadas por garimpeiros. Prediz os §§ 3.º e 4.º da CF que “O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.” e que “As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

ITEM 67 – mantido, pois o item se refere a reduzido potencial hidrelétrico, o que não está compreendido na previsão da lei. Nesse caso, aplica-se a regra do § 4.º do art. 176 da CF, o qual dispõe, *in verbis*: “Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida”. No mais, por se tratar de matéria de direito econômico, a matéria de direito ambiental não é parte do programa de direito econômico.

ITEM 68 – mantido, pois o conteúdo do item é exatamente o que está previsto no § 2.º do art. 184 da Constituição. Dado que se edite o decreto, o Estado terá ação de desapropriação.

ITEM 70 – mantido. Conforme o art. 186, I, da CF, “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado. (...)”.

ITEM 75 – mantido, pois o art. 16 da Lei n.º 8.884 prevê que as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. A hipótese prevista no item trata de uma situação em que, responsabilizada uma empresa por descumprimento das normas de direito econômico, seus administradores tornar-se-iam solidária e individualmente responsáveis, o que está em pleno acordo com o art. 16.

ITEM 76 – mantido. No caso em questão, a matéria deve ser examinada em consonância com o art. 24, que trata de legislação concorrente. O § 4.º do art. 24 da CF determina que o advento de lei federal posterior apenas suspende a eficácia da lei estadual e não a revoga. O item está tratando de lei federal que dispôs de forma diferente sobre a matéria da lei estadual, que era de normas gerais.

ITEM 77 – mantido. A EC 42 inseriu no art. 52, das competências do Senado, o inciso XV, que lhe dá competência para “avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”.

ITEM 78 – mantido, pois o art. 146 da CF confere à Lei Complementar a competência para dispor sobre várias matérias, exceto no que se refere a alíquotas.

ITEM 79 – mantido, porque o tratamento dado à grande empresa é o mesmo dado à empresa de médio porte. Do conjunto de empresas, recebe diferenciação as micro e as pequenas.

ITEM 80 – mantido. No item afirma-se que, sobre as receitas de exportação, não incide IPI nem contribuições sociais. O art. 149, § 2.º, II, determina expressamente tal vedação. A Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL) incide sobre o lucro, e não sobre a receita, e, por isso, estaria já, automaticamente, excluída da matéria em questão. Ademais, quanto ao IPI, este é calculado sobre a receita decorrente da exportação e não da mera exportação. Observe-se que a imunidade nada mais é do que uma não-incidência constitucionalmente estabelecida.

ITEM 82 – mantido. A afirmativa está correta. O que é proibido é que se criem impostos sobre estes dois produtos, e não CIDE. Ver CF 155, § 3º, o qual proíbe somente a instituição de impostos, e não de contribuições.

ITEM 83 – mantido. O item não tratou de confisco, mas simplesmente da possibilidade de utilização de alíquota específica, em lugar da comumente utilizada, *ad valorem*. A propósito, convém salientar que a EC 33 inseriu no art. 149 a faculdade de se aplicarem à CIDE alíquotas específicas. Cabe lembrar que alíquota específica é aquela calculada sobre uma quantidade específica de um produto, e não sobre seu valor. Por exemplo, uma alíquota específica seria tributar o litro de álcool sempre por um mesmo valor, independentemente do preço da operação. Um outro exemplo seria a saca de milho. Atualmente, o art. 149 da CF permite que se tribute qualquer produto, com CIDE, por meio de alíquota determinada para cada medida, por exemplo, saca de milho.

ITEM 84 – anulado, tendo em vista que o item trata do princípio da anterioridade, que, atualmente, se expressa tanto na exigência de cobrança apenas no ano seguinte ao da publicação, quanto na exigência de um mínimo de 90 dias da publicação de lei que cria ou aumenta tributo. Como no item somente foi tratada a questão dos 90 dias, abre-se espaço à ambigüidade de entendimento.

ITEM 85 – mantido. A matéria que trata da questão definida na assertiva foi introduzida na reforma tributária (EC 42), no art. 153, § 4.º, III, possibilitando esta faculdade aos municípios. Por sua vez, a Constituição é que estabelece que a lei definiria esta liberalidade.

ITEM 86 – mantido. A mesma do item é a definição de fato gerador que configura, à luz do art. 116 do CTN, a situação de fato e não a situação jurídica. Aduza-se que a menção ao fato de que “hipótese de incidência é uma situação abstrata” e de que “só com as realizações materiais é que se concretiza a hipótese de incidência” é um fato que em nada contradiz o erro contido no item.

ITEM 87 – mantido. O parágrafo único do art. 116 do CTN trata de DESCONSIDERAR o negócio, e não de DESCONSTITUIR o mesmo, institutos absolutamente distintos.

ITEM 92 – mantido. Se há documento de quitação, quem passa a se desonerar é o comprador e não o vendedor, conforme o art. 130 do CTN, o qual dispõe: “Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação”. Esta ressalva final, portanto, torna errada a afirmativa contida no item.

ITEM 93 – mantido. O art. 131 do CTN impõe a responsabilidade pelo pagamento dos tributos anteriores ao espólio, e não aos herdeiros por transferência imediata, como citado no item.

ITEM 94 – mantido. No caso, não houve aquisição do fundo de comércio nem do estabelecimento comercial, mas apenas do nome comercial. A hipótese citada no item não se subsume à previsão do art. 133, pelo que não cabe aplicá-lo à espécie.

ITEM 95 – alterado de C para E. Levando-se em consideração que o curador também responde solidariamente com o curatelado nos atos em que intervier ou pelas omissões de que for responsável, obviamente esta responsabilidade, ainda que solidária, é pessoal, o que impõe considerar-se errado o item, dado que ele afirma que **somente** será responsável na hipótese aventada.

ITEM 99 – mantido. O art. 188 do CTN prevê que são encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, **exigíveis no decurso do processo de falência**, ou seja, são encargos da massa os créditos que se tornarem exigíveis no curso do processo, e não os devidos em período anterior à decretação da falência.

ITEM 101 – mantido. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

ITEM 103 – mantido. A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo. Súmula n.º 206 do STJ.

ITEM 105 – mantido. No caso, competência absoluta, art. 109, I, CF. Quanto às exceções, estas não foram objeto do questionamento.

ITEM 106 – mantido. Imprescindível à compreensão do art. 87, diz respeito à existência de mais um fator, não referido no texto, capaz de pôr fim à perpetuação, verificada com a propositura da demanda perante juízo competente. Trata-se da conexão e da continência (arts. 102 e 103), que determinam a reunião de processos (art. 105).

ITEM 107 – mantido. Há conexão porque são o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

ITEM 109 – mantido. Não se pode obrigar ninguém a litigar; portanto, um só é legitimado concorrente.

ITEM 112 – mantido, pois, em relação ao litisconsórcio, a necessariedade e a unitariedade são fenômenos distintos, e pode haver litisconsórcio necessário não-unitário, bem assim pode existir litisconsórcio unitário não-necessário.

ITEM 113 – mantido, porque o Ministério Público atua como fiscal da lei ou substituto processual.

ITEM 114 – mantido. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos, conforme o art. 56 do CPC.

ITEM 117 – mantido. Trata a questão de recursos no processo civil, item 8, 17.2.4, do edital do concurso. Cabe antecipação de tutela para conceder a liminar negada.

ITEM 118 – mantido. Se o recurso foi recebido no efeito devolutivo, a decisão pode ser executada provisoriamente, não sendo exigido que a parte comprove a necessidade da execução antes do trânsito em julgado da decisão.

ITEM 121 – alterado de C para E. De acordo com o art. 569 do CPC, o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

ITEM 124 – mantido, pois está em conformidade com o art. 595, parágrafo único, que define que o fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

ITEM 126 – mantido, pois os movimentos indicados não constituem fontes formais que expressam o fenômeno jurídico, mas, ao revés, traduzem os elementos materiais que induzem à positivação de regras jurídicas.

ITEM 127 – mantido, uma vez que é fato que as decisões normativas, ou sentenças normativas, não podem se qualificar como fontes autônomas, pois resultam da atuação de um terceiro – o Poder Judiciário – para a resolução da disputa.

ITEM 128 – mantido. No caso hipotético apresentado a julgamento, tratava-se de uma simples unidade produtiva de uma grande indústria têxtil que foi fechada, sendo o local aproveitado posteriormente, por outra indústria congênera. Não houve transferência de quaisquer dos elementos constitutivos do empreendimento, notadamente porque não há fundo de comércio vinculado a uma mera unidade de produção. Cabe acrescentar, por último, que a contratação de antigos empregados, considerados os demais elementos historiados na proposição, figura como mera coincidência, insuscetível de ensejar o reconhecimento da solidariedade entre as empresas.

ITEM 133 – mantido. A introdução da estabilidade representou condição benéfica válida e regular, a teor do art. 444 da CLT; por isso, a dissolução posterior haveria de ser precedida de decisão judicial, apurável em inquérito (CLT, art. 494), pelo que Paulo pode obter na Justiça a reintegração no emprego. Daí porque a “dispensa sumária” revela, aos que conhecem a legislação aplicável, o absoluto desprezo das solenidades legais para a validade daquele ato jurídico.

ITEM 134 – mantido. De fato, a personalidade jurídica estritamente sindical tem início com a outorga pelo MTB do registro sindical, segundo já decidiu o STF (MI 144, 3.8.92, Pertence, RTJ 147/868). Antes, portanto, não se está diante de entidade cujos dirigentes estejam albergados pelas garantias reservadas aos dirigentes sindicais. Havendo, porém, pedido de registro junto ao MTB, a estabilidade dos dirigentes eleitos poderá retroagir ao instante do protocolo desse requerimento junto ao MTB, como também decidiu o STF (RE 205107/MG, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 25/9/98, p. 21). De qualquer modo, sequer existindo o pedido de registro, não há, de fato, como reconhecer a estabilidade.

ITEM 136 – mantido, pois o item em questão tratou das prerrogativas processuais aplicáveis a entidade vinculada à Administração Pública Indireta. Cumpre esclarecer, inicialmente, que Autarquias e Fundações não integram a Administração Pública Indireta, composta por empresas públicas e sociedades de economia mista, ao contrário do que sustentam alguns dos recorrentes. Sob outro ângulo, é fato que a aplicação do CPC ao processo do trabalho apenas se legitima em caso de omissão, como prevê o art. 769 da CLT. Nesse sentido, o DL 779/69 disciplina o tema das prerrogativas processuais aplicáveis à Fazenda Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, obviamente não inserindo no seu raio de eficácia as entidades vinculadas à Administração Pública Indireta, as quais estão vinculadas à disciplina do art. 173 da CF. Por último, o fato de os Correios estarem submetidos a regime executivo diferenciado é absolutamente irrelevante para o julgamento da proposição, a qual ficou vinculada às prerrogativas processuais aplicáveis em caso de julgamento de ação rescisória desfavorável aos interesses da pessoa jurídica referida. Demandado ente jurídico de direito privado, ainda que vinculado à Administração Pública Indireta (CF, art. 173), não há prerrogativas processuais a serem observadas (DL 779/69).

ITEM 138 – mantido, pois o item em tela tratou do recuso cabível contra decisão judicial que rejeita exceção de pré-executividade aviada pela União. A decisão proferida tem natureza nitidamente interlocutória, do que aflora a sua irrecorribilidade (CLT, art. 893, par. 1.º). Além disso, não há qualquer prejuízo imediato à União, que não possa ser sanada, se oferecer embargos, após citada para tanto, sobretudo porque não necessita garantir o juízo para defender-se contra a execução (CPC, art. 730).

ITEM 139 – mantido, porque, havendo pacificação jurisprudencial acerca do tema objeto da ação, não cabe recurso de ofício contra a fazenda pública (CPC, art. 475, par. 3.º), caso em que o relator do recurso pode denegar-lhe seguimento – essa a exata expressão legal – em juízo monocrático (CPC, art. 557). Foi apresentada para

juízo situação clara e objetiva que envolvia a prolação de sentença por juízo trabalhista em face de autarquia pública federal, em estrita consonância com as hipóteses dos artigos 475, par. 3.º, e 557, ambos do CPC. Se o juízo é ou não competente é questão estranha ao debate, cumprindo notar que a próprio ordenamento jurídico não ignora a possibilidade de que sejam editados julgamentos por juízos incompetentes, inclusive estabelecendo mecanismos adequados para a respectiva correção (CPC, art. 485). Por fim, a terminologia utilizada para explicitar o reexame obrigatório – referido por farta doutrina e torrencial jurisprudência como recurso de ofício ou mesmo remessa oficial – expõe feição absolutamente secundária, que nem de longe constituiu objeto de avaliação e que não alterou o sentido da proposição.

ITEM 141 – mantido. O item está correto. A Lei n.º 8.072/90 elencou o latrocínio como crime hediondo. A Lei 8.930/94 incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado, e não o latrocínio.

No que tange à aplicação da lei penal, o STF orienta-se no seguinte sentido: “No tocante à persistência da continuidade delitiva depois de edita lei mais severa do que a anterior sob cuja vigência se iniciou essa continuidade, o Plenário desta Corte e ambas as suas Turmas já se manifestaram pela aplicação da lei posterior mais severa. Assim na Extradução 714, relator Ministro Sepúlveda Pertence, 13.11.97, onde se afirmou a aplicação da lei nova, ainda que mais severa, quando o início de sua vigência é anterior à cessação da permanência ou da continuidade, e nos HC 74.250 (2.ª Turma, relator Ministro Marco Aurélio) e 76.680 (1.ª Turma, relator Ministro Ilmar Galvão).” (STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, HC 77.437 – DJ 16/10/98). Nesse sentido, cf. STF, Ext. 714-9 – rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 12/12/97; STJ, HC 76680 – rel. Min. ILMAR GALVÃO – DJ 12/6/98; STF, HC 76.978 – rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – DJ 19/2/99; STF, HC 74.250-5 – rel. Min. MARCO AURÉLIO – DJ 29/11/96.

ITEM 143 – mantido. Conforme anota DAMÁSIO E. DE JESUS: “Admite-se a excludente **contra conduta de um inimputável** (doente mental ou menor de 18 anos). A inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade e não da antijuridicidade. Assim, a conduta do inimputável, embora não culpável, é ilícita, constituindo agressão injusta.” (*Código Penal Anotado*, 12.ed., Saraiva, p. 114).

“Age em legítima defesa quem usa de moderação dos meios necessários para repelir injusta e iminente agressão, que deve, no caso, ser admitida em conformidade com o razoável ponto de vista do sujeito ativo, independentemente das condições individuais que acarretam ao ofensor a falta de capacidade de sofrer imputação moral.” (TACRIMSP – rel. AURÉLIO MACIEL – JUTACRIM 62/338).

“Legítima defesa – Acusado que fere levemente a vítima, sua filha, débil mental, ao se defender de sua violenta investida – Moderação no revide – Absolvição decretada – Inteligência dos arts. 21 (atual art. 25) e 129 do CP. Existe legítima defesa se o agente reage a perigosa investida de alienado mental” (TACRIMSP – rel. AURÉLIO MACIEL – RT 544/382).

ITEM 145 – mantido. A jurisprudência prevalente orienta-se no sentido de ser incabível a prescrição retroativa pela pena hipotética. A terminologia empregada não está incorreta. Nesse sentido: “Indubitável que só pode haver extinção da punibilidade pela prescrição retroativa se houver, antes, sentença condenatória” (STJ, HC 4.795 – rel. Min. EDSON VIDIGAL – j. 23/9/96).

ITEM 147 – mantido. Tratando-se de crime funcional contra a ordem tributária, aplica-se o art. 3.º, II, da Lei n.º 8.137/90, que descreve o fato de exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar o seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida, impondo a pena de reclusão de um a quatro anos, e multa. Nesse sentido:

“Na hipótese em que uma única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas. Ocorre crime contra a ordem tributária e não crime de concussão quando o funcionário público, em razão de sua qualidade de agente fiscal, exige vantagem indevida para deixar de lançar auto de infração por débito tributário e cobrar a conseqüente multa.” (STJ, RSTJ 126/409).

ITEM 149 – mantido. Ao fazer referência à honra subjetiva, a situação hipotética tratou do crime de injúria. Não há que se falar em desacato, uma vez que na situação hipotética não consta que os atos injuriosos foram praticados na presença do servidor público. A tipificação do crime de desacato pressupõe necessariamente a ocorrência do fato na presença da autoridade (STF, RTJ 115/199).

A jurisprudência do STF, revista por ocasião do julgamento do INQ 726-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94, orienta-se no sentido da legitimidade concorrente tanto do ofendido, para promover a ação penal privada, quanto do Ministério Público, para a ação pública condicionada, quando se cuidar de ofensa *propter officium* (AO 191, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.06.94; HC 74.049, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 20.09.96; HC 76.024, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.03.99; RE 173.938, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 07.04.95).

ITEM 150 – mantido. A questão é de direito processual penal e não de penal, referente à competência.

Súmula 42 do STJ: “Compete à justiça comum estadual processar e julgar causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”. Ainda, o emprego da terminologia **roubo qualificado**, fazendo referência ao crime de roubo, com a causa especial de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, não é motivo para retificar o gabarito e, muito menos, anular o item. O termo é usualmente utilizado

pelos tribunais superiores. Nesse sentido: HC 28.295/SP, da minha Relatoria, *in* DJ 28/6/2004; STJ, HC 33.932/SP – rel.^a Min.^a LAURITA VAZ – DJ 18/10/2004; STJ, RESP 625145 – rel. Min. GILSON DIPP – DJ 18/10/2004.

ITEM 151 – mantido. O item se refere à aplicação do prazo no processo penal da citação e nulidade. A situação hipotética em momento algum fez referência ao comparecimento do réu na audiência de interrogatório. Fixa o art. 361 do CPP o prazo de 15 dias para o edital, caso o citando não tenha sido localizado. Como a citação do edital só se completa com a fruição de 15 dias a contar da publicação, nula é a citação se não se interpôs tal prazo entre a data da publicação e a marcada para o interrogatório.

ITEM 152 – mantido. O entendimento acerca do assunto está sumulado no STF. **Súmula 710 do STF** :

“No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”. Nesse sentido, STF, HC 68.113 – rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ 8/3/99; STF, JSTF, 234/310; STJ, Ag. Rg. em MS 3.127-9 – DJ 7/3/94; STJ, RSTJ 67/426.

ITEM 153 – mantido, pois o item está de acordo com a doutrina, como anota GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “quando houver extinção da punibilidade no tocante à pretensão punitiva do Estado, ou seja, causas de extinção ocorrentes antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, descabe o ajuizamento de revisão criminal. Isto se dá porque o Estado não tem o direito de punir, assim declarado em decisão judicial. Logo, não há motivo algum para o julgamento de uma revisão criminal, incidente sobre decisão que declara exatamente aquilo que o réu pretende obter: a ausência do *jus puniendi* estatal.” (*Código de Processo Penal Comentado*, 3.ed., RT, p. 928).

ITEM 154 – mantido. O item está incorreto. De acordo com a jurisprudência, dependendo da situação concreta, é cabível para afastar decisão judicial que decreta a quebra do sigilo bancário. Nesse sentido: “*HABEAS CORPUS*. Inquérito policial. Quebra de sigilo bancário. Decisão que pode acarretar constrangimento ilegal à liberdade do paciente. Acórdão do STJ que, mantendo decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não conheceu de *habeas corpus* por entendê-lo incabível na hipótese. Acórdão contrário a jurisprudência do STF, que admite o *habeas corpus* (HC 79.191, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Ordem deferida para cassar o acórdão do STJ e determinar ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgue o *writ* lá impetrado.” (STF – HC 81.294-5 – Rel.^a Min.^a ELLEN GRACIE – DJ 1/2/2002). Nesse sentido, cf. STF – HC 79.191 – rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – DJ 8/10/99; STJ – RHC 11.338/SP – rel. Min. FELIX FISCHER – DJ 8/10/2001; STJ – HC 8.137/PA – rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – DJ 15/5/2000.

ITEM 158 – mantido. Considerando o sistema de comercialização de automóvel, por meio de concessionárias autorizada, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo, nos termos do art. 18 do CDC.

ITEM 159 – mantido. Na espécie, não se evidencia tratar de contrato de depósito típico, mas, sim, de depósito de bens fungíveis vinculado a contrato de dação em pagamento firmado entre particulares. E a infidelidade do depositário de bens fungíveis não autoriza a prisão civil, pois passa a ser regido pelas regras do mútuo. Admitir-se a prisão civil à hipótese ora cogitada é tratá-la como mero instrumento para intimidar o devedor a cumprir as obrigações assumidas, o que é inaceitável. Assim, tratando-se de bens fungíveis e consumíveis, dados em garantia de dívida, é inadmissível a prisão do depositário.

Confira-se a jurisprudência do STJ: 3.^a Turma, HC n.º 20.529/SP, Rel. Min. Castro Filho, unânime, DJU de 22/9/2003; HC 31.102 – SP, Cesar Asfor Rocha; REsp. 188.462/GO.

ITEM 160 – mantido. Enquanto não inscrita, a hipoteca não é direito real, ficando desprovida de seqüela e preferência. Consoante exegese do art. 838, II, Código Civil, o fiador fica desobrigado se não puder sub-rogar-se nos direitos e preferências do credor hipotecário, por não ter este providenciado a inscrição da hipoteca, porquanto se presume que o fiador assumiu a obrigação convicto de que poderia contar com a garantia hipotecária. Assim, tornando o credor impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências, o fiador fica desobrigado, porque contava ele que, pagando a fiança, teria, em seu favor, a garantia real.

ITEM 161 – mantido. O serviço de corretagem se tem como aperfeiçoado quando o negócio imobiliário se concretiza, resultado útil configurado, visto que o risco é da sua essência, sendo devida a comissão acordada. O distrato posterior não pode ser argumento para o não-pagamento da corretagem, conforme precedente do STJ.

ITEM 162 – mantido. O art. 591 do Novo Código Civil é claro ao dispor que se presumem devidos juros quando o mútuo destina-se a fins econômicos. Tal disposição é aplicável aos contratos de mútuo independentemente do gênero da coisa mutuada; no entanto, surge o direito a juros com mais propriedade no mútuo pecuniário, de dinheiro. Trata-se dos juros convencionais ou remuneratórios. Mesmo que fixados no limite máximo, poderão ser cobrados cumulativamente aos remuneratórios, mesmo que juntos ultrapassem o limite do art. 591, isto porque a cumulação de juros remuneratórios e moratórios é admitida em nossa jurisprudência, v.g. Súmula do Superior Tribunal de Justiça n.º 102, não havendo qualquer restrição legal para tanto.

ITEM 163 – mantido. A responsabilidade contratual origina-se no contrato de vontades no qual surgiram as obrigações contraídas que serão descumpridas por um dos contratantes; a responsabilidade aquiliana tem sua fonte na lei, como exemplo tem-se o artigo 186 do Código Civil.

ITEM 164 – mantido, pois a questão trata da vigência da lei no tempo e quanto ao aspecto de sua validade no negócio jurídico. Não pode a lei nova atingir a validade dos negócios jurídicos já constituídos, por outro, se os efeitos do ato penetrarem o âmbito de vigência da nova lei, deverão se subordinar aos seus preceitos.

O Código Civil, em seu art. 2035, dispõe que “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

Entretanto, nos termos da parte final do art. 2035, se as partes houverem previsto outra forma de execução, a exemplo da execução instantânea (que se consuma imediatamente, em um só ato), ou se afastaram a incidência de determinadas regras consagradas na lei nova – que não tenham substrato de ordem pública –, a exemplo do aumento progressivo das prestações sucessivas, poderá ser evitada a incidência da nova lei.

ITEM 165 – mantido. Os prazos prescricionais (art. 206) atingem as pretensões, as quais são veiculadas, em sua maioria, mediante ação predominantemente condenatória. A título de exemplo, deve-se examinar o art. 206, §§1.º, 2.º e 3.º, e respectivos incisos, e art. 206, § 5.º. Os prazos decadenciais (agora dispersos pelo Código em cada situação específica) referem-se a direitos formativos, a direitos potestativos ou de sujeição, os quais são veiculados, na sua maioria, mediante ação predominantemente constitutiva (positiva ou negativa). A título de exemplo, deve-se examinar o art. 119, parágrafo único, o art. 178 e incisos I, II e III, o art. 445, §1.º, o art. 1555, §1.º, e o 1560, I e §2.º.

ITEM 166 – mantido. No direito brasileiro, o acordo de transmissão de propriedade de bem imóvel precisa ser registrado para que haja a transferência da propriedade do vendedor para o comprador. O negócio jurídico do acordo de transmissão, em si, não sofre, pela falta do registro, qualquer conseqüência negativa quanto a sua existência, validade ou eficácia obrigacional; apenas não produzirá a transmissão da propriedade (= eficácia real). Por isso é que, se o vendedor efetua uma segunda venda do mesmo bem a outro comprador que registra o contrato antes do primeiro, a este resta pedir do vendedor ressarcimento por perdas e danos (eficácia obrigacional), não podendo reivindicar o imóvel por não se haver produzido a eficácia real da transmissão.

ITEM 167 – mantido. O conceito de contrariedade a direito é mais amplo que o de ilicitude, de modo que não são co-extensivos. O absolutamente incapaz não comete ato ilícito, mesmo se age contrariamente a direito, e a responsabilidade civil pelo ato danoso não decorre da ilicitude, mas da reparabilidade do dano, independentemente da ilicitude.

ITEM 168 – mantido. A indivisibilidade da garantia real, em tal caso, estaria sendo atingida, o que não é possível. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos artigos 1.420, 2.º, e 1.421 do Código Civil. Segundo a jurisprudência do STJ, “não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele.” (Resp 282.478 – SP).

ITEM 170 – mantido. O usufruto é um direito real temporário, já que não se prolonga além da vida do usufrutuário. A única finalidade do instituto é beneficiar pessoas determinadas, ou seja, *intuito personae*.

ITEM 172 – mantido, uma vez que a inversão do ônus da prova também é cabível, a critério do Juiz, para facilitar a defesa do consumidor (art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

ITEM 173 – mantido. O gabarito está correto, pois a Lei de falências assim o determina em seu art. 9.º, III, “b” (DL.7661/45). A hipótese versa sobre a necessidade de renúncia à garantia real como requisito para pedir a falência.

ITEM 175 – mantido. Eis o teor do art. 295 do Novo Código Civil: “Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé”.

ITEM 177 – mantido, pois o art. 7.º, item XII, da Lei n.º 9.610/96, que consolida as leis sobre direitos autorais, define o programa de computador como tal. Além disso, o art. 2.º da Lei n.º 9.609/98, que dispõe sobre os *softwares*, assim determina: “Art. 2.º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

ITEM 178 – mantido, pois a matéria direito autoral faz parte do programa do concurso, item 1 – propriedade industrial e intelectual.

ITEM 180 – mantido, pois o que diferencia a concordata preventiva da suspensiva é a existência de sentença que declare a falência. A matéria é absolutamente pacífica.

ITEM 182 – mantido. A afirmação do item está errada, já que o servidor público detentor de cargo efetivo, que possui regime próprio, e que acumule um cargo em comissão não será, necessariamente, filiado obrigatório do regime geral. Se o cargo efetivo possuir regime próprio, o exercício do cargo em comissão não será considerado para fins de filiação no regime próprio, nem no regime geral. O art. 40, § 13, da CF/88 refere-se apenas ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão, o qual ficará vinculado ao regime geral.

ITEM 183 – mantido. O item visava avaliar o destino da arrecadação das contribuições do PIS e do PASEP. Conforme o § 3.º do art. 239 da CF/88, as referidas contribuições destinam-se ao pagamento do seguro desemprego

e do abono de 1 salário mínimo aos empregados, cujos empregados contribuam para o PIS/PASEP, e que recebam até 2 salários mínimos como remuneração mensal. O item, na forma como redigido, não faz parecer que qualquer empregado que receba até dois salários mínimos faça jus ao abono, mas é claro que somente aqueles para os quais houve o recolhimento da referida contribuição. Da mesma forma, o item não precisa especificar que o limite de dois salários mínimos relaciona-se à sua remuneração mensal, já que fala em empregado, cuja remuneração somente se dá por meio de salário.

ITEM 185 – mantido. O item analisado é uma transcrição literal dos incisos I e II, ambos do art. 27 da Lei 8.213, de 1991, em perfeita compatibilidade com o contido no art. 201 da CF/88, que estabelece o caráter contributivo do sistema.

ITEM 186 – mantido. O item em tela está errado, já que o acidente ocorrido com empregado no caminho do trabalho, mesmo quando incorre em culpa, é considerado acidente de trabalho para fins previdenciários.

ITEM 189 – mantido. O regime de previdência complementar para os servidores públicos que possuem regime próprio de previdência tem natureza pública e não privada, conforme o § 15 do art. 40 da Constituição Federal de 1988. Não se deve confundir o regime de previdência privado, que é complementar, em face dos regimes próprios e geral, sendo facultativo e que se destina a qualquer pessoa, com o regime de previdência pública, complementar e fechado, destinado aos servidores públicos que possuem regime próprio e que seja estabelecido o limite do máximo do valor dos benefícios previstos no RGPS.

ITEM 190 – mantido. O regime de previdência complementar para os servidores públicos que possuem regime próprio de previdência tem natureza pública e não privada, conforme o § 15 do art. 40 da Constituição Federal de 1988. Não se deve confundir o regime de previdência privado, que é complementar, em face dos regimes próprios e geral, sendo facultativo e que se destina a qualquer pessoa, com o regime de previdência pública, complementar e fechado, destinado aos servidores públicos que possuem regime próprio e que seja estabelecido o limite do máximo do valor dos benefícios previstos no RGPS.