

**CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DE DIREITO
SUBSTITUTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EDITAL N. 01/2009

**RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA
O INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE REVISÃO**

A Comissão Examinadora decidiu não conhecer dos recursos interpostos pelos candidatos inscritos sob o número 1200000 (atacando questão 92), 1201358 (atacando a questão 37), 1257463 (atacando questão 65), 1258607 (atacando a questão 10), 1259262 (atacando questão 79), 1259612 (atacando as questões 18, 21, 50), pois os candidatos não apresentaram pedido de revisão contra as referidas questões à época oportuna.

A Comissão ainda não conheceu os recursos interpostos pelos candidatos inscritos sob o número 1197555 (atacando questões 35, 39, 40, 63 e 67), 1201462 (atacando questão 50), 1213490 (atacando questões 7, 21, 23, 29, 50, 51, 62, 76, 78, 84 e 92), 1234834 (atacando questões 7 e 79), 1256717 (atacando questões 19, 50, 79); 1259845 (atacando questões 25 e 50), pois os referidos candidatos se identificaram e/ou assinaram os recursos, contrariando, assim, os subitens 16.3 e 17.1 do Capítulo VI do Edital n. 01/2009.

A Comissão entendeu que seria de não conhecer o recurso interposto pelo candidato inscrito sob o número 1197555 (atacando questão 7) e 1248256 (atacando questão 41), pois não foi apresentado pedido de revisão contra as questões à época oportuna e também porque o recurso foi assinado pelos candidatos.

Não conheceu, ademais, os recursos interpostos pelo candidato inscrito sob o número 1261118 (atacando questões 86, 89, 97 e 99), pois os pedidos de revisão formulados pelo candidato foram apresentados fora do prazo legal.

Por fim, a Comissão Examinadora decidiu negar provimento aos demais recursos interpostos pelos candidatos, acompanhando os votos dos eminentes

Relatores e designando o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro para compilar as razões dos examinadores, naquilo que não contrariar a decisão coletiva da Comissão.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2009.

(a) Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Membro da Comissão Examinadora do Concurso em epigrafe

DIREITO CIVIL

Examinador Relator: Desembargador Thiago Pinto

Questão 6

Dos 4 (quatro) pedidos de revisão da questão 6 (seis), um retorna em forma de recurso. Especificamente, agora, quer que se anule a asserção havida como correta, da letra “C”, independente da questão que afirmou como correta (D) e que não é correta. Argumenta, invocando o artigo 177, CC, que ao se utilizar o advérbio “somente” na assertiva “C”, não deixou margem para contemplação das referidas exceções (vale dizer, as exceções do artigo 177, CC, ou seja, *salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade*).

Na resposta ao pedido de revisão, afirmou-se:

“A questão havida como correta, de acordo com o gabarito oficial publicado é a da letra “C” e está assim redigida: ‘A anulação do negócio jurídico somente pode ser alegada pelas pessoas afetadas pelo negócio jurídico e em benefício de quem se anula o ato.’

Querem os recorrentes que, ou se tenha a letra “D” como correta, ou se anule a questão. Está ela redigida assim: “Na hipótese de negócio jurídico praticado por agente relativamente incapaz, a sanção é destinada a proteger o interesse público”.

Curiosamente, a despeito de considerar a letra “D” como correta, não há defesa da correção da asserção, seja por argumentos jurídicos ou lógicos. Dois dos recursos dizem que há interesse público, ainda que de forma reflexa (**sic**). Em verdade, *as nulidades relativas são decretadas em atenção ao interesse particular das partes e não da ordem pública...* (*apud* Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência, Coordenador Ministro César Peluzo, Ed.Manole, 2ª Edição, São Paulo. SP).

Outro argumento escora-se no fato de que o Ministério Público, embora não seja diretamente afetado por negócio jurídico realizado entre o representante legal do incapaz e o transador, quando da homologação judicial de acordo de alimentos, por exemplo, pode, por expressa disposição legal na qualidade de interessado (art. 82, do CPC, c/c, art.177, parte final, do CC/2002), posicionar-se contra o negócio jurídico, e até recorrer.

A argumentação delira da questão. Não fere a matéria, substancialmente. Ao intervir no processo de homologação de acordo em ação de alimentos, o Ministério Público o faz na condição de *custos legis*. Ressalte-se que, nessa condição, a sua função é de substituto processual e não a de representante da parte material. *Somente os prejudicados podem alegar a nulidade relativa, não podendo o juiz pronunciá-la de ofício, nem sendo dado ao Ministério Público arguí-la (Nestor Duarte, opera citata).*

O argumento de que a asserção da letra “C” não fez menção às exceções possíveis desborda da afirmação de verdade que ela contém e não bota inverdade nela. Até porque, o contraste entre as afirmações tidas como erradas (e erradas, efetivamente) e a afirmação da letra “C” é tão grande que nada arreda o que de verdade nela se contém: “A anulação do negócio jurídico somente pode ser alegada pelas pessoas afetadas pelo negócio jurídico e em benefício de quem se anula o ato.”

Dessa forma, nada há para ser alterado na decisão supra grifada, pelo que, opinamos pelo indeferimento do recurso aviado da questão “6”.

Questão 7

No corpo dos pedidos de revisão, considerou-se como errada a letra “D”, havida no gabarito oficial como certa, apontando a letra “B” como correta.

Dos 44 pedidos de revisão da questão 7, da prova do concurso, tornam 18 recursos dirigidos à comissão examinadora. Confrontam esses recursos a decisão então exarada, que negou pedido de revisão, e, ainda, basicamente, sustentam suas alegações já firmadas. Ressalte-se que um deles, conforme apanhado pelo setor administrativo da EJEJF, é manuseado por candidato que não opôs pedido de revisão.

Não há razões para o deferimento do recurso.

As questões elaboradas são de múltipla escolha, e a perquirição da asserção correta, no caso, deve utilizar-se de critérios adequados à natureza dos termos usados.

O direito subjetivo nasce e perece, como a vida. E por diversas e variadas razões. “O não exercício de um direito durante o prazo estabelecido pela lei importa em sua extinção. Duas são as hipóteses de prazos extintivos: a prescrição e a decadência.” (*in* - Curso de Direito Civil, 3ª edição, Ed. Saraiva, 2009, São Paulo, SP).

Francisco Amaral, na sua obra Direito Civil, Introdução, 7ª edição, editora Renovar, 2008, Rio de Janeiro, RJ, leciona que “ Tanto a prescrição quanto a decadência são formas de extinção de direitos, constituindo-se ambas em prazos extintivos. No entanto, a doutrina tem procurado estabelecer alguns critérios diferenciadores, apreciáveis quanto às semelhanças e quanto às diferenças. No caso das semelhanças, os pontos de identidade reúnem-se de acordo com três critérios: a própria natureza, o fundamentos e o fator determinante.”

E continua o renomado professor: “Quanto à própria natureza ambas são institutos jurídicos que se constituem em causa e disciplina de extinção de direitos”

Nada define melhor o intuito da asserção do que a sua colocação, e então deve ser visto o conteúdo da pergunta, que se isola das outras que contêm respostas erradas: Letra “D”: “A prescrição e a decadência são formas de extinção de direitos, constituindo-se as duas em prazos extintivos”.

Uma leitura simples da asserção denota a intenção do questionamento relativo à natureza dos institutos, ou conforme se afirmou na resposta ao pedido de reconsideração: “ (...) E ao assentar que a prescrição e a decadência são formas de extinção de direitos, está se referindo à própria natureza dos institutos, ao modo pelo qual ambos se constituem em causa e disciplina da extinção de direitos. Direitos aqui é gênero.”

Dessa forma, não deve merecer agasalho os recursos sobre a questão “7”.

Opinamos pelo indeferimento.

Questão 8

Dos 15 (quinze) pedidos de revisão que investiram contra a resposta considerada correta, da questão “8”, letra “C”, voltam 2 (dois) em forma de recurso. Basicamente, a argumentação é a mesma.

Consideram a questão da letra “B” como correta.

É a questão 8, letra “B”: “**A presunção da mora também ocorre em caso de oposição em cláusula contratual de termo certo para pagamento**”.

A resposta dada ao pedido de revisão é esta:

“A mora decorrente de termo certo para pagamento é *ex re* e decorre automaticamente, independentemente da vontade das partes. Não existe presunção de mora, existe mora. Presunção são consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido.”

Não há razão para modificar a decisão.

Isso porque, conforme afirma o recorrente “se há termo certo em cláusula para o pagamento, consectário lógico é que o decurso do termo final constitui o devedor em mora de pleno direito, ou seja, presume-se a mora do devedor” (sic).

Ora, se a mora decorre do termo aposto em cláusula, não há presunção, porque presumir é extrair consequência de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova para chegar a um fato desconhecido”.

Orlando Gomes, bem define a questão, assim, : “*Afora a hipótese da constituição automática da mora, decorrente da aposição em cláusula contratual de termo certo para o pagamento, a interpelação se prescinde, em casos nos quais a lei presume o devedor em mora. Fala-se então, em mora presumida, também denominada irregular.*” (in Orlando Gomes, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005).

Carlos Roberto Gonçalves, no seu *Direito Civil Brasileiro*, vol.II, 6ª edição revista, ed. Saraiva, São Paulo, SP, 2009, ensina que *em se tratando de hipótese de obrigação oriunda de ato ilícito, considera-se desnecessária a interpelação para que haja mora do devedor. Trata-se de hipótese de mora presumida.*

Havendo, pois, aposição de termo certo para pagamento, não há presunção, porque presumir, conforme já manifestado, é extrair consequência de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido”.

Dessa forma, nada há para ser alterado na decisão supra grifada, pelo que, opinamos pelo indeferimento dos recursos aviados da questão “8”.

Questão 10

São quatro os recursos. Um deles é manuseado por candidato que não opôs pedido de revisão.

O conteúdo dos pedidos de revisão da questão 10 (dez), enfrenta a asserção tida como certa, da letra “B”, ao argumento de que parte de doutrina considera o

contrato de seguro comutativo. E que, ainda, em determinado concurso, a resposta havida como certa teria sido a de que o contrato de seguro é comutativo.

Nas considerações colocadas na resposta aos pedidos de revisão o enfoque foi no sentido de que, em se tratando de matéria jurídica, a simples imposição de uma opinião, que na hipótese significa opinião de alguns poucos doutrinadores, sem repercussão na própria doutrina e na aplicação do direito, não é suficiente para alterar as posições solidificadas.

Não grassa na doutrina aberta discussão sobre a matéria. Apenas para que não fique no olvido conclama-se Orlando Gomes, “A natureza *aleatória* do contrato resulta de sua própria função econômico social, a vantagem do *segurador* depende de não ocorrer o sinistro ou de não se verificar o evento, em certo prazo. No primeiro caso, terá recebido o prêmio sem contraprestação. No segundo, embora deva satisfazer a prestação a que se obrigou, como no caso de *seguro de vida*, a maior longevidade do segurado representa vantagem para o segurador...” (Orlando Gomes, Contratos, Ed. Forense, 2009, Rio de Janeiro, RJ, pag. 506, 26ª edição).

E Rizzardo, “é essencialmente aleatório, considerando que o segurado aceita os riscos, sem uma correspondência entre as prestações recebidas e o valor que está sujeito a satisfazer. Mais do que isto, o ganho ou a perda dos pactuantes, depende de circunstâncias futuras e incertas, mas detalhadamente previstas e discriminadas.” (*in* – Arnaldo Rizzardo, Ed. Forense, 2009, Rio de Janeiro, RJ, 9ª edição, pag. 847).

Sílvio Venosa, “É contrato tipicamente aleatório, porque sua origem gira em torno do risco. A prestação de pagar a chamada indenização, subordina-se a evento futuro e incerto. Em razão da álea que lhe é inerente, não há equivalência nas prestações.” (*in* Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, Contratos em Espécie, 9ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, SP, 2009, pag. 346).

Interessante é o artigo de Ricardo Bechara Santos, intitulado *Condenações das Seguradoras além do risco assumido – Uma temeridade – Aleatoriedade do Contrato de Seguro – Regulação de Sinistros supostamente tardia* (sítio http://64.233.163.132/search?q=cache:x_HFUWIBQ5wJ:www.aida.org.br/artigos/condenacoes.doc+ricardo+bechara+santos+seguradoras+e+temeridade&cd=2&hl=ptR&ct=clnk&gl=br), onde acentua uma retratação de Fábio Konder Comparato, a respeito da comutatividade do contrato de seguro e retomada da aleatoriedade como característica fundamental desse contrato, justificando-se inclusive o avanço da tese, então retratada, no fato de que o jurisconsulto tem o dever de preparar uma introdução aos institutos jurídicos novos, não devendo contentar-se com a só análise daqueles de há muito consagrados no direito nacional. Mas, dando relevo à

prudência para evitar a discussão de problemas artificiais, ou questões puramente ideais:

“...Por mais velho que seja o conceito do risco, matéria prima do segurador, apanágio do caráter aleatório do contrato de seguro, é ele real, como principal elemento do contrato de seguro. E sendo o risco um acontecimento futuro e incerto, está aí para imprimir o selo da aleatoriedade que timbra o contrato de seguro.

Com efeito, o contrato de seguro de dano, tem mesmo caráter indenizatório, ou indenitário como por muitos também referido, e isso é inegável. Nem por isso, entretanto, lhe é retirada a índole aleatória. Até porque, essa indenização (artigo 1.458 e outros do CC) depende, de qualquer forma, de um acontecimento futuro e incerto. É um caráter indenizatório, ou indenitário, dissociado dos princípios comuns que regem o instituto da responsabilidade civil, a começar pelo fato, repita-se, de que o segurador não substitui o causador do dano, seja ele terceiro ou o próprio segurado, e também pelo fato de não ser o segurador, por conseguinte, autor de qualquer ato ilícito.

Lutemos para que não se deturpe, portanto, o caráter indenitário ou ressarcitório do contrato de seguro. Não confundamos a indenização decorrente de ato ilícito, escopo do instituto da responsabilidade civil, com a finalidade do contrato de seguro.

O seguro, como acentua RUBÉN STIGLITZ, não objetiva evitar ou eliminar o dano, apenas permite que seus efeitos sejam minimizados, ou que as conseqüências econômicas do risco feito sinistro sejam transferidas do sujeito (segurado) ameaçado por um fato desfavorável, a outrem denominado segurador, que há de estabelecer uma mutualidade especialmente preparada, segundo a lei da estatística, para absorver a transferência do risco da indenização. Isso é trivial, mezinho, mas é correto.

Como se vê, a índole aleatória do seguro é de forma tão naturalmente mostrada pelos melhores tratadistas.

O próprio Professor FABIO KONDER COMPARATO que antes defendia a tese da comutatividade do contrato de seguro, parece ter feito uma *mea culpa* quanto a tal posicionamento. Pelo menos é o que se infere de suas “NOTAS RETIFICADORAS SOBRE SEGURO DE CRÉDITO E FIANÇA”, constantes das páginas 438/445, de sua obra DIREITO EMPRESARIAL ESTUDOS E PARECERES, Editora Saraiva, 1ª edição 2ª

tiragem, de 1995. Senão vejamos, *ipsis verbis*, alguns trechos das palavras do ilustre e proclamado mestre:

“...a importação doutrinária acaba, muita vez, por criar, artificialmente, dúvidas e confusões inesperadas... Desse efeito nefasto confesso-me, no caso, o principal responsável... A controvérsia sobre a natureza jurídica dos assim chamados seguros de crédito alimentou litígios judiciais e administrativos na Europa.... Ao publicar, em 1968, minha tese de livre docência, defendida, em 1966, entendi, segundo a boa tradição acadêmica... Sem que o soubesse e, muito menos, desejasse, a cizânia estava assim semeada para concorrer com o bom grão, anos depois...

Sem dúvida, pode-se aduzir, em minha defesa, que o jurisconsulto tem o dever de preparar o terreno à introdução de institutos jurídicos novos, não devendo contentar-se com a só análise e interpretação daqueles de há muito consagrados no direito nacional. Mas essa preparação do terreno deve ser efetuada com prudência, evitando-se a discussão sobre problemas artificiais, ou questões puramente ideais....

Nem me cabe alegar a atenuante dos bons propósitos doutrinários, pois de boas intenções, já de há muito se sabe, o inferno está cheio...

É tempo de corrigir o equívoco.... No seguro... o contrato representa uma estrutura bilateral... Segurado e segurador assumem, cada qual, obrigações próprias.... aquele obriga-se, principalmente, a pagar o prêmio; este,..... a pagar a indenização, se ocorrer o sinistro. O CARÁTER ALEATÓRIO do contrato de seguro não altera a sua feição sinalagmática...

No... seguro de danos a relação é sempre subordinada ao princípio indenitário, segundo o qual o segurado não pode, em hipótese alguma, se enriquecer com o contrato, pois que este é exclusivamente reparatório. Aqui, para exigir o cumprimento da prestação devida pelo segurador, não basta ao segurado demonstrar que houve sinistro; ainda é preciso que prove o prejuízo efetivamente sofrido...” Grifamos.

E quanto a alegada perda da natureza aleatória do contrato de seguro, continua o parecerista:

Está-se, pois, a ver, que também o professor COMPARATO, com as desculpas que apresenta ao seu leitor, está firme no entendimento de que o seguro, por mais voltas que se dê, por mais que se tente reinventar a roda, é mesmo contrato aleatório por natureza, sendo a prestação do segurador,

realmente, o pagamento indenitário do risco, feito sinistro e devidamente regulado e conforme a delimitação contratual.

Não se alegue, doutrarte, que o contrato de seguro perdera sua natureza típica de contrato aleatório só porque a sociedade seguradora exerce, sistematicamente, a sua atividade na função de gestora de um mutualismo do qual faz parte cada segurado, chegando a reunir um fundo de prêmios suficiente para pagar os capitais segurados ou as “indenizações” pelos sinistros cobertos e estabelecendo um sistema tal de provisionamento técnico que torne mais remota a possibilidade de inadimplência da empresa.

Tal também não liberaria o contrato de seguro de seu caráter aleatório. É ele aleatório mesmo por sua própria natureza, assim como evidenciado na lei, na jurisprudência e na doutrina mais prestigiosa, consoante os quais aleatório o é porque, desassombradamente, os ganhos e as perdas das partes, por mais atuarial que seja a atividade da seguradora, por mais que se faça resseguro, co-seguro, retrocessão, estão na dependência de circunstâncias futuras e incertas do risco.

Não vislumbramos o seguro, decididamente, como contrato tipicamente comutativo, na medida em que a prestação do segurado (prêmio, sempre menor que o prejuízo a repor) e a prestação do segurador (indenização pelo risco se o sinistro acontecer, embora exista a garantia como meio), não são exatamente equivalentes, ou pelo menos a equivalência não é imediatamente apreciável no momento da contratação, como sucede, por exemplo, no contrato de compra e venda. Ainda que o equilíbrio contratual deva estar presente. Na compra e venda, contrato tipicamente comutativo, os contraentes podem aferir, *ab initio*, a equivalência das prestações, que por presunção se equívalem. Ainda que seja certa a principal prestação do segurado, o *prêmio*, a do segurador, *limite máximo da indenização*, é incerta. E o só fato de poder se estabelecer um limite para essa “indenização”, seria o suficiente para afastá-la dos cânones comuns da responsabilidade civil, afastado que estaria, por exemplo, o *nemnem laedere*, dentre outros princípios que, como *viscera pars*, informam e conformam o instituto da responsabilidade civil, tais como o do *honest vivere*, *suum cuique tribuere*, etc. A responsabilidade civil e toda a sua estrutura de reparação de dano, pois, há de estar a serviço da instituição do seguro, até como “produto” (seguro de RC, de auto, de condomínio, de produto, de profissional, geral, enfim), jamais como seu “*karma*”...

E isso bastaria para imprimir o indelével selo da aleatoriedade ao contrato de seguro.

Quando a álea não mais for a aba essencial do contrato de seguro, não estaremos lidando, para gáudio de alguns, com instituição de seguro, talvez com uma instituição meramente financeira.

RUBÉN STIGLITZ, seguindo as pegadas de outros grandes tratadistas, replica aos defensores da tese de que o seguro não seja contrato aleatório, respaldado por VIVANTE, afirmando que não há dúvida de que a indústria de seguros tende a fazer-se cada dia mais equilibrada e prudente mediante uma apreciação estatística dos riscos e dos prêmios e um bem ordenado sistema de resseguro. Mas este ordenamento – acrescenta – muito longe está de excluir a vocação aleatória de cada um dos contratos de seguro. Os que pensam ao contrário, cometem o erro de confundir o contrato com as características da indústria a que pertencem. Com efeito, qualquer que seja o ordenamento industrial da empresa seguradora, o fato é que nenhum dos contratantes pode saber se sacará do contrato um ganho ou uma perda até que se verifique o evento, que é, *quantum satis*, o que caracteriza o contrato aleatório (STIGLITZ, Derecho de Seguros, Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. I, pp. 126/127, 1996).

No mesmo sentido se pronuncia HALPERIN, lembrando para aqueles que alegam que a exploração por uma empresa elimina a álea para o segurador, perde de vista o contrato, confundindo-o com a organização para sua exploração industrial por uma das partes. Afirma que, pelo contrário, essa organização supõe a álea. Ora, toda essa organização se dá exatamente em função do caráter aleatório do contrato de seguro. Não o fosse, toda essa preparação sistemática não seria necessária. O segurador, pois, para absorver o risco da indenização, estabelece uma mutualidade especialmente preparada.

A álea para o segurador, diz STIGLITZ, consiste precisamente em sua ignorância sobre se sua prestação, encarada como preço de uma eventual contraprestação, se verá, por império de uma ameaça, justificada. Daí que o segurado se envolve num contrato aleatório como remédio contra a álea, para se proteger contra o risco temido.

Ora, o objetivo fim do seguro, por isso mesmo, é o de indenizar o segurado ou pagar o capital ao beneficiário. A garantia, que é concedida desde a contratação ou aceitação do risco pelo segurador, seria como que a sensação de conforto para o segurado e consiste apenas no meio, para que o fim colimado, dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado.

Em suma, a regulação do sinistro objetiva, não precipuamente confirmar aquela sensação de conforto ao segurado, mas justamente apurar o montante do dano pelo mesmo efetivamente experimentado, adequá-lo aos riscos

delimitados objetiva e subjetivamente no contrato, e balizar as partes quanto ao pagamento do seguro, até para que não se propicie o enriquecimento sem causa, a dano da própria massa mutualista.

É esse, *sub censura* dos doutos, o resumo de minhas ponderações, sem qualquer monopólio da verdade, daí a beleza do direito que tanto nos encanta e que nos permite discordar e ao mesmo tempo elogiar os trabalhos ainda que direcionados em sentido oposto, que certamente, apesar dos seus inescandíveis brilhos, não teria igualmente a pretensão de uma verdade absoluta que só as ciências exatas poderiam ter como apanágio.

Mas não seria desprezível a miríade de autores de estofo e de nomeada que consideram, sem reбуços de dúvida, o seguro como contrato tipicamente aleatório. De tão extensa que seria essa lista, rogaria ao leitor me poupasse de fazê-la.

E quanto a uma mencionada questão objeto de prova, diz-se na resposta ao pedido de reconsideração, é mesmo questão *obter dictum*. Não influencia a questão mencionada.

Dessa forma, não deve merecer agasalho os recursos sobre a questão “10”. Opinamos pelo indeferimento.

Questão 11

Dos cinco pedidos de revisão aviados da questão 11, volta um em forma de recurso. Sustenta os argumentos expendidos no pedido de revisão e argumenta que a resposta então firmada, que a indeferiu, não modifica a sua fundamentação.

Na revisão a questão foi assim disposta:

“A questão 11 da prova do concurso recebe 5 (cinco) recursos. Todos apontam como correta a resposta oficial, do gabarito, contida na letra “a”. Todavia, três dos recursos apontam também como correta a resposta da letra “B” e dois outros apontam como correta, também, a resposta da letra “C”.

Relativamente ao argumento de que a letra “B” estaria correta também, não prospera ele. A posse do locatário e a posse do comodatário decorrem de contrato e não é precária. Não há razão para deduzir fato diverso disso.

Com relação ao questionamento da resposta da letra “C”, dentro do contexto da questão, relevada a correção da asserção contida na letra “A”, conforme gabarito oficial, e o fato de que o tempo do verbo usado na asserção “não poderá” referir-se a ação futura (futuro do presente), atrelou-a a tudo que era

possível vir a ser. Isto é, a afirmação que se fez levou em conta a possibilidade de futura interferência de causa diversa a relativizar o conteúdo de verdade da asserção. Vale dizer, uma posse inicialmente injusta poderá, por interferência de causa diversa, tornar-se justa.

Não há razão para rever a decisão supra, que é mantida em seus próprios termos e indeferido o recurso.

Questão 12

O presente recurso é da questão 12, mas intenta demonstrar que não houve erro na elaboração da prova e, assim, manter a resposta oficial do gabarito que foi anulada.

Data venia, o erro da questão 12, letra “D”, está no fato de que o usucapiente não pode, após trabalhar área substancialmente maior que 50 hectares, decotar dela a parte que supera a medida legal, ou seja, os cinquenta hectares, adaptando-a ao tamanho exigível para aquisição por usucapião. Nisso é que consistiu o erro. Havendo duas questões apontadas como erradas, deve ser mesmo anulada a questão.

Dessa forma, não há nada para ser alterado na decisão, pelo que opinamos pelo indeferimento do recurso.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Examinador Relator: Desembargador José Afrânio Vilela

Questão 19

O recurso não merece acolhida, porquanto a expressão “*pedido reconvençional*” constante do texto da opção “A” (correta conforme gabarito oficial) não autoriza a confusão apontada pelo candidato, que faz referência ao pedido contraposto, previsto no artigo 278, § 1º do CPC, haja vista que o próprio enunciado da questão foi taxativo ao limitar o objeto da pergunta ao instituto da reconvenção.

Opção B – Está incorreta, porquanto em descompasso com o artigo 318 do CPC.

Opção D – A incorreção decorre do fato de a opção ser abrangente, não delimitando o interesse envolvido, bem como a extensão da matéria debatida na exordial com relação ao pedido reconvençional. Demais disso, a ausência de contestação, per si,

não autoriza a aplicação dos efeitos da revelia, vez que a presunção não é absoluta, mas relativa.

Questão 20

A opção informada como correta no gabarito oficial (“C”) está amparada pelo artigo 399, I, do CPC.

A argumentação apresentada pelo candidato não merece acolhida, haja vista que o dispositivo legal refere-se à expedição de ofício às repartições públicas visando obtenção de certidões tendentes a comprovar as alegações das partes, não se tratando, portanto, de mero pedido de informações com fins a atender interesse particular, conforme ilustrado pelos arestos jurisprudenciais coligidos.

Questão 21

Aduz o candidato ser correta a opção “B” em detrimento da resposta oficial do gabarito, “C”.

Em que pese a valiosa argumentação expendida, o recurso não merece acolhida posto que o enunciado da opção “B” foi no sentido de condicionar a concessão da tutela liminar à citação do réu, o que não se mostra correto, consoante se depreende do artigo 461, §3º, do CPC.

Com efeito, a opção “B” é incorreta, porque o deferimento da tutela liminar não carece de citação prévia do réu.

Questão 22

A opção “A” não está correta, porque não fez qualquer menção sobre a exceção exposta no artigo 470 do CPC, se limitando à transcrição da regra estabelecida no artigo 469, III, do CPC.

Se a exceção tivesse sido considerada na elaboração da opção “A”, não haveria razão para a opção “D”, correta conforme gabarito oficial, elencar justamente os requisitos, previstos no artigo 470 do CPC, faltantes para tornar válida a assertiva “A”.

Questão 23

Os recorrentes pugnam pela anulação da questão 23 ao argumento de existência de duas opções corretas: a resposta conferida pelo gabarito oficial “A”, bem como a assertiva lançada na opção “D”, redigida nos seguintes termos:

*“Acolhida a preliminar de carência de ação (artigo 267, VI, do CPC), o processo será declarado extinto sem resolução do mérito. **Porém, desde que quitadas as custas, poderá o pleito ser novamente intentado**” – destaquei.*

Ao contrário das argumentações expendidas, a segunda oração da opção “D”, objeto do dissenso, não se subsume, integralmente, aos ditames do artigo 268 do CPC, in verbis:

*“Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. **A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.**”*

Como visto, na opção “D” não consta alusão ao pagamento dos honorários advocatícios.

Não fosse isso, o pagamento das custas (e honorários) não é condição para renovação da demanda, conforme consta da opção “D”, mas sim para que o Juiz despache a inicial do novo processo.

Questão 25

Ao contrário dos argumentos apresentados, a redação conferida à opção “D” não poderia levar os candidatos a erro, eis que se o enunciado da questão dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade, a matéria objeto do recurso que seria submetida ao Órgão Especial ou Pleno, por óbvio, refere-se à inconstitucionalidade da lei, cuja aplicação foi relegada pelo Juiz singular.

No que tange à alegação respaldada no parágrafo único do artigo 481 do CPC, referida exceção não foi exigida na opção em referência, o que não a torna incorreta, vez que a resposta encontra amparo na regra geral.

Questão 26

As argumentações expendidas pelo candidato não merecem acolhida, pois se o enunciado da questão se refere ao recurso de apelação e se a opção “B”, apontada como correta pelo gabarito oficial, retrata a literalidade do § 1º do artigo 515 do CPC, por óbvio que levou em consideração o teor do “caput” do referido dispositivo legal, a ele vinculado, conforme a própria tipologia do Código.

Questão 28

A opção “D” é taxativa em afirmar que o saldo de poupança de até 60 sessenta salários mínimos pode ser penhorado, o que se mostra incorreto, à luz do inciso X, do artigo 649 do CPC.

Ao contrário da argumentação renovada pelo candidato, a opção não autoriza deliberar sobre a possibilidade de penhora sobre o saldo de poupança excedente a 40 salários, mas sim que a constrição poderia incidir sobre valor superior ao legalmente previsto.

DIREITO PENAL

Examinador Relator: Desembargador Luiz Audebert Delage Filho

Questão 30

Trata-se de recurso de candidato, dirigido à comissão examinadora, tendo em vista o indeferimento do pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número 30, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “D”. Resposta do candidato: “B”.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

30. Sobre as fontes de Direito Penal, a interpretação da Lei Penal, bem como seu âmbito de eficácia e sua aplicação no tempo e no espaço, marque a alternativa CORRETA.

A) Em razão do caráter fragmentário do Direito Penal, este deverá ser preferencialmente observado para a solução de conflitos, devendo abranger a tutela do maior número de bens jurídicos possível.

- Erro: A fragmentariedade implica que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, não se ocupando com questões que possam ser solucionadas em outros ramos do direito.

B) O princípio da Legalidade obriga a que toda deliberação referente ao Direito Penal, incriminador ou não incriminador, seja feita por meio de lei.

- Erro: O direito penal não incriminador pode ser feito por outras espécies normativas, p. ex.: *abolitio criminis* por medida provisória, como no caso do “Estatuto do Desarmamento”.

C) O nosso Código Penal, quanto ao tempo do crime, acolheu a teoria do resultado.

- Erro: A teoria adotada é a da atividade, considera-se cometido crime quando da ação ou omissão (art. 4º do CP).

D) A lei penal nova mais benéfica retroage para abarcar também os fatos ocorridos antes de sua vigência, devendo aplicar-se inclusive aos processos com decisão já transitada em julgado, cabendo ao juízo da execução a sua aplicação.

Correta: Súmula 611 do STF.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “D”, considerando insubsistente a argumentação do recorrente

Questão 33

Trata-se de recurso de candidato, dirigido à Comissão Examinadora, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número **33**, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “B”. Resposta do candidato recorrente: “A”

A questão foi formulada nos seguintes termos:

33. Fulano de tal, decidido a matar Sicrano, carrega o seu revólver e parte em seu encaço. Localiza-o em lugar deserto e, em perseguição, atira e o acerta apenas de raspão. Fulano consegue alcançá-lo, chega ao seu lado e, com o revólver dispondo ainda de 06 tiros, decide não disparar a arma, deixando de consumir o seu intento inicial.

Marque a alternativa CORRETA.

A) Fulano responderá por tentativa de homicídio.

- Erro: A desistência voluntária premia o agente com a não punição pelo crime tentado.

B) Fulano responderá por lesões corporais.

- Correta: Trata-se de desistência voluntária, art. 15 do CP, em que o agente só responde pelos atos já praticados.

C) Fulano não responderá criminalmente por tratar-se de arrependimento eficaz, pois, com sua conduta, evitou a morte de Sicrano.

- Erro: Não se trata de arrependimento eficaz, mas de desistência voluntária.

D) Fulano não responderá criminalmente, pois voluntariamente desistiu do seu intento, beneficiando-se, com isso, da regra do art. 15 do CP.

- Na desistência voluntária o agente responde pelos atos já praticados.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “B”, refutando-se a fundamentação do recorrente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.”

Questão 35

Trata-se de recurso de candidato, dirigido à comissão examinadora, tendo em vista o indeferimento de pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número **35**, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “A”.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

35. Sobre a fixação das penas, marque a alternativa CORRETA.

A) As atenuantes aplicam-se a todos os crimes, enquanto as agravantes, salvo a reincidência, se aplicam somente aos crimes dolosos.

- Correta: As agravantes são incompatíveis com os crimes culposos. Nucci, p. 451.

B) As agravantes agravam a pena mesmo na hipótese de caracterizarem elementares do delito.

- Erro: Nessa hipótese, não agravam a pena, sob pena de ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

C) Assim como acontece em relação às agravantes, não pode o juiz aplicar atenuante que não esteja prevista em lei, em face do princípio da legalidade que norteia o Direito Penal como um todo.

- Erro: O art. 66 do CP prevê expressamente esta possibilidade.

D) Assim como ocorre em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, as causas de aumento e de diminuição não podem levar a pena provisória a patamares diversos daqueles máximos e mínimos abstratamente cominados.

- Erro: São diferentes das atenuantes e agravantes exatamente neste ponto, podendo trafegar fora dos limites abstratamente previstos.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “A”, refutando a fundamentação do recorrente de que não há alternativas válidas. Submeta-se a julgamento da douta comissão.

Questão 36

Trata-se de recurso de candidato, dirigido à comissão examinadora, tendo em vista o indeferimento de pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número **36**, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “B”. Resposta do candidato recorrente: “A”.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

36. Sobre a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos e suspensão condicional da pena, marque a alternativa CORRETA.

A) Àquele, reincidente em crime doloso, que já foi condenado à pena privativa de liberdade, é terminantemente vedada a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito.

- Erro: Somente ao reincidente específico há esta vedação, consoante regra do art. 44, § 3º do CP.

B) Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução poderá deixar de converter a sanção restritiva de direitos anteriormente aplicada, desde que o seu cumprimento seja compatível com o da nova sanção penal.

- **Correta:** Literalmente o art. 44, § 5º do CP.

C) Se a medida for socialmente recomendável e o condenado não for reincidente específico, caberá a suspensão condicional da pena, nos moldes das regras do art. 77 e seguintes do CP.

- Erro: Não cabe *Sursis* para condenado reincidente.

D) A prestação de serviços, como sanção restritiva de direitos, pode ser aplicada independentemente do *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada.

- Erro: Art. 46. A prestação de serviços só é cabível se a sanção privativa de liberdade for superior a seis meses.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “B”, refutando-se a fundamentação do recorrente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.

Questão 38

Trata-se de recurso de candidato, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número **38**, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “D”. Resposta do candidato recorrente: “C”.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

38. Sobre o instituto da prescrição, marque a alternativa CORRETA.

A) A prescrição da pretensão executória faz desaparecer todos os efeitos da condenação.

- Erro: Na prescrição da pretensão executória desaparece apenas o direito de executar a pena.

B) Na prescrição punitiva em abstrato, ou seja, antes da sentença condenatória, é aplicável a “Teoria da Pior das Hipóteses”, devendo o Juiz observar as causas de aumento pela maior fração, as de diminuição pela menor fração, bem como considerar também as agravantes e atenuantes.

- Erro: Não se levam em consideração as agravantes e atenuantes, que alteram a pena de forma subjetiva, em quantidade livre, a ser estipulada pelo juiz.

C) A prescrição da pretensão punitiva, por implicar na perda do direito de punir do Estado, deverá ser reconhecida apenas após requerimento do Ministério Público nesse sentido, sendo vedado o seu conhecimento de ofício pelo juiz.

- Erro: Prescrição é matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo.

D) O termo inicial para a fluência do prazo prescricional, regra geral, é o dia em que o crime se consumou. Na hipótese de tentativa, do dia em que cessou a

atividade criminosa. Na hipótese de crime permanente, do dia em que cessou a permanência.

- **Correta:** Transcrição literal do art. 111 do CP.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “D”, refutando-se a fundamentação do recorrente, por inconsistente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.

Questão 39

Trata-se de recursos de candidatos, dirigido à comissão examinadora, tendo em vista o indeferimento de pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número **39**, da prova de Direito Penal.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

39. Sobre os delitos contra a vida, marque a alternativa CORRETA.

- A) Tem-se por inadmissível a figura do homicídio qualificado-privilegiado.
- Erro: É possível, desde que as qualificadoras sejam objetivas, já que os privilégios são sempre de caráter subjetivo.
- B) Uma determinada pessoa decide agredir fisicamente seu desafeto, conseguindo causar-lhe diversos ferimentos. Contudo, durante o entreencontro, muda o seu intento e decide matá-lo, disparando com uma arma de fogo contra a vítima, sem conseguir acertá-la. Responderá por lesões corporais consumadas e homicídio tentado.
- Erro: O delito de lesões corporais, por ser menos grave, é absorvido pela tentativa de homicídio praticada nas mesmas circunstâncias. Princípios da Consumação e Subsidiariedade.
- C) Uma mulher, em estado puerperal, mata, com a ajuda da enfermeira, o seu filho que acabara de nascer. As duas responderão por infanticídio.
- Correta: Por ser elementar do delito, o estado puerperal comunica-se ao co-autor (regra do art. 30 do CP)
- D) Em face da adoção, em nosso Código Penal, da teoria monista, aquele que auxilia a gestante a praticar aborto, responderá, em concurso material com ela, pelo mesmo crime, qual seja: art. 124 do CP (provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque).

- Erro: É exceção pluralista à teoria monista. Somente a gestante responde por este crime. O co-autor responde pelo delito do art. 125 do CP.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “C”, refutando-se a fundamentação dos recorrentes, por inconsistente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.

Questão 41

Trata-se de recursos de candidatos, dirigido à Comissão Examinadora, tendo em vista o indeferimento do pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número 41, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “D”. Resposta do candidato recorrente: “C”.

A questão foi formulada nos seguintes termos:

Sobre os delitos contra a liberdade sexual, marque a alternativa CORRETA.

- A) A ação penal no caso de estupro de vítima menor de 18 anos é pública condicionada, já que a vontade da vítima em processar o sujeito ativo, bem como as conseqüências da exposição decorrente da instauração de um processo penal, na visão do legislador, devem ser levadas em consideração.
- Erro: A ação penal é pública incondicionada, consoante regra do art. 225, parágrafo único do CP (com redação dada pela Lei 12.015/09).
- B) Pratica assédio sexual (art. 216-A do CP) a mulher que obriga qualquer homem a manter com ela conjunção carnal.
- Erro: No assédio sexual é imprescindível a hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
- C) Há presunção de violência na hipótese de crime de estupro (previsto no art. 213) praticado contra menor de 14 anos, consoante regra expressa no art. 224 do CP.
- Erro: O art. 224 do CP foi expressamente revogado pela Lei 12.015/09.
- D) Constitui qualificadora do crime de estupro, o fato de a vítima ser menor de 18 e maior de 14 anos.
- Correta. Previsão expressa da norma do art. 213 do CP, com a nova redação dada pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “D”, refutando-se a fundamentação dos recorrentes, por inconsistente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.

Questão 43

Trata-se de recurso de candidato, dirigido à Comissão Examinadora, tendo em vista o indeferimento do pedido de revisão, contestando a resposta contida no gabarito oficial, da questão de número 43, da prova de Direito Penal. Resposta do gabarito oficial: “B”. Resposta do candidato recorrente: “C”

A questão foi formulada nos seguintes termos:

43. Sobre os crimes contra o meio ambiente, marque a alternativa CORRETA.

A) Havendo a responsabilização penal pessoal do representante legal da pessoa jurídica é obrigatória também a responsabilização da pessoa jurídica.

- Erro: Não há obrigatoriedade da responsabilização da pessoa jurídica.

B) A perícia produzida no inquérito civil poderá servir para o cálculo da fiança e da multa.

Correta: O art. 19 da Lei 9.605/98 prevê expressamente esta possibilidade.

C) O art. 6º da Lei 9.605/98 afasta a aplicação dos artigos 59 e 60 do Código Penal, quanto à aplicação e dosimetria da pena.

- Erro: O art. 6º da Lei 9.605/98 não afasta a aplicação dos artigos 59 e 60 do CP, apenas prevê fatores que devem, também, ser observados na dosagem da pena. O seu art. 79 contempla expressamente a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

D) Limitação de fim de semana prevista no art. 48 do Código Penal é equivalente ao recolhimento domiciliar estabelecido no art. 13 da Lei 9.605/98.

- Erro: O recolhimento domiciliar previsto no art. 13 da lei 9.605/98 difere-se da limitação de fim de semana estipulada no art. 48 do Código Penal, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme for estabelecido na sentença.

Ante tais fundamentos, sou pela manutenção, como resposta certa no gabarito oficial, da opção contida na letra “B”, refutando-se a fundamentação do recorrente, por inconsistente, submetendo-se a julgamento da douta comissão.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Examinador Relator: Desembargador Joaquim Herculano Rodrigues

Questões 46, 47, 48, 50, 51, 54, 55, 57

As questões nº 46, 47, 48, 50, 54, 55 e 57 são objeto de recurso por parte de seis, um, um, nove, um, dois e um candidatos, respectivamente.

Retidos os fundamentos expendidos de todas as questões, ratifico as decisões impugnadas, com base nos fundamentos expendidos que faço anexar à presente.

Acrescento que as decisões estão embasadas na própria legislação processual penal e, na parte doutrinária, em autores de tomo que cuidaram de identificar, com judiciosidade, as reformas introduzidas no Código de Processo Penal.

À consideração da douta Comissão.

DIREITO EMPRESARIAL

Examinador Relator: Desembargador Manuel Bravo Saramago

Questão 59

Mantenho o que já decidi, porquanto de conformidade com a melhor doutrina e com a realidade emergente do nosso direito positivo.

À apreciação da douta Comissão.

Questão 62

Mantenho o que já decidi, porquanto a resposta correta está rigorosamente igual à jurisprudência sumulada do STJ SÚMULA 381 e conforme o disposto nos arts. 128, 460 e 515, todos do CPC.

À apreciação da douta Comissão.

Questão 65

Mantenho o que já decidi, porquanto a resposta dada como correta está rigorosamente igual à lei - art. 19 da LUG - Decreto n. 57.663/66

À apreciação da douta Comissão.

Questão 67

Mantenho o que já decidi, porquanto a resposta correta está rigorosamente igual ao disposto no artigo 1142 do CC.

À apreciação da douta Comissão.

DIREITO CONSTITUCIONAL

Examinadora Relatora: Desembargadora Heloísa Helena de Ruiz Combat

Questão 76

Insurgem-se os recorrentes contra o gabarito oficial, que marcou como correta a alternativa “C”, ou seja, a proposição incorreta, que foi pedida.

Os argumentos são no sentido de que órgãos fracionários de Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade, “**quando já tenha havido pronunciamento do pleno ou órgão especial do Tribunal ou do STF**” (Súmula vinculante n.º 10, do STF).

A Súmula vinculante n.º 10, de resto, deu interpretação mais extensiva ao art. 97 da CF, mantida a reserva de plenário, porque a exceção prevista exige anterior julgamento dos **plenos ou órgãos especiais**.

Ocorre que não se mencionou nenhuma exceção, na proposição, patente que se referiu à regra geral de reserva de plenário (art. 97, CF), e até mesmo por eliminação se chegaria à resposta certa, é dizer, as demais proposições estão corretas, são verdadeiras, sem qualquer margem de dúvida.

Destarte, está incorreta a alternativa “C”.

Nego provimento aos recursos, mantido o gabarito oficial.

Portanto, regra geral, os órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais não podem declarar a inconstitucionalidade de leis.

Como as demais alternativas não estão incorretas, a única possibilidade de acerto seria a alternativa contida na letra “C”.

Questão 77

Argumenta o recorrente que a alternativa “A” , dada como certa no gabarito, ou seja, tida como alternativa incorreta, como constou da pergunta, estaria correta também, resultando que todas as alternativas estando certas, a questão deveria ser anulada.

Ocorre que a alternativa “A” está incorreta, porque a expressão “atos administrativos” abrange também decisões administrativas.

E **decisões** administrativas, modalidade de atos administrativos, serão motivadas e **em sessão pública** (art. 93, X, da CF), embora alguns atos administrativos não o exijam.

O enunciado da alternativa “A” não deixa qualquer dúvida, genérica a assertiva, incorreto afirmar que os “atos administrativos” dispensam sessão pública, porque grande parte deles são “decisões”, devendo ser motivados e pública a sessão.

Destarte, nego provimento ao recurso, mantido o gabarito oficial.

Portanto, não procede a irresignação, pelo que deve ser desprovido o recurso.

Questão 78

O gabarito apontou a opção “D”, como certa.

Insurge-se o recorrente alegando que a proposição de n.º 2 também está correta, quanto ao Habeas Data, que poderia ser destinado a obter informações também de banco de dados de caráter privado, em razão do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei 9507/97, que considera de caráter público alguns registros de dados.

Assim, que haveria três proposições corretas, e não apenas duas.

Não merece prosperar a argumentação, uma vez que a proposição mencionou claramente bancos de dados “de caráter privado”, por óbvio, não abrangendo aqueles enquadrados legalmente como de “caráter público”. Se são considerados públicos, não podem ser tidos como privados.

Nego provimento ao recurso, mantido o gabarito oficial.

Portanto, os bancos considerados por lei como de caráter público, por óbvio, não são de caráter privado.

Nego provimento ao recurso.

Questão 79

Os argumentos dos recorrentes são no sentido de que deve ser anulada a questão, porque não há alternativa correta, uma vez que a alternativa “B”, apontada no gabarito como certa, contém um vício, ou seja, está errada também, apontando que na dicção do art. 105, I, “a”, da CF, consta “..... dos Tribunais Regionais Eleitorais **e do Trabalho**”.

Argumentam que, da forma como redigida a proposição, “... dos Tribunais Regionais Eleitorais **e dos Tribunais do Trabalho**”, estar-se -ia englobando o Tribunal Superior do Trabalho-TST, cujos Ministros não são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, pelo Supremo Tribunal Federal.

Realmente, não constou a expressa dicção da Constituição Federal, nem se acrescentou “e dos Tribunais **Regionais** do Trabalho”.

Entretanto, não se pode chegar ao extremo de anular a questão, uma vez que todas as demais, como aliás reconhecido nos recursos, são evidentemente falsas.

Do enunciado completo, deflui que não se estava incluindo o TST, mas apenas os demais Tribunais do Trabalho.

Portanto, como já explicitado, não procede a irresignação.

Nego provimento aos recursos.

Questão 81

Os recorrentes questionam a resposta do gabarito oficial (letra “A”), dizendo que a questão deve ser anulada, porque a proposição de n.º 2, sobre o IPI, não esclareceu a qual tipo de anterioridade se referia.

Sem razão os recorrentes, uma vez que houve menção à chamada anterioridade especial ou nonagesimal, na proposição de n.º 1, prevista no art. 150, III, “c”, da CF.

Na proposição de n.º 2 só constou “anterioridade”, por evidente se referindo ao princípio geral, previsto no art. 150, III, “b”, da CF.

Portanto, inexistente margem de dúvida, não havendo como confundir os institutos nem a questão da prova.

Nego provimento aos recursos, mantido o gabarito oficial.

Destarte, como já explicitado, não há margem de dúvida, pelo que nego provimento aos recursos.

Questão 84

O recurso se insurge dizendo que há duas alternativas corretas (“B” e “D”), ou que inexistente alternativa correta, porque na alternativa “D”, faltou esclarecer “salvo determinação em contrário da legislação”.

A questão foi clara, não mencionada qualquer exceção, portanto, nada há a discutir, estando evidentemente erradas as demais alternativas.

A alternativa “B” está errada, sendo que os argumentos estão confundindo progressividade com seletividade. O ICMS não pode ser progressivo, embora possa ser seletivo (art. 155, § 2º, II, da CF). Na alternativa “B” constou “progressivo”.

Portanto, nego provimento ao recurso, mantido o gabarito oficial.

O recurso se embasa no mesmo fundamento externado no pedido de revisão de prova.

Na alternativa “D”, não se pediu nenhuma exceção, genérica a assertiva. Não se mencionou nenhuma lei excepcionante.

Quanto à alternativa “B”, o recorrente está confundindo “*seletividade*”, como “*progressividade*”, institutos diferentes.

Destarte, nego provimento ao recurso.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Examinador Relator: Dr. Luis Carlos Balbino Gambogi

Questão 86

Inconformado com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, o candidato aviou recurso, aduzindo que também a assertiva “a” estaria correta.

Das razões de apelo, percebe-se que, segundo o próprio candidato, “*não necessariamente a primeira investidura em cargo público dar-se-á através de concurso público*”.

Assim, em se considerando que a pergunta era, “*à luz das disposições constitucionais sobre servidores públicos, é **CORRETO** afirmar*”, e tendo em vista que o próprio candidato sustenta a incorreção da alternativa “a”, não se há falar em vício na formulação da questão, cuja resposta certa era a assertiva “c”.

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso.

Questão 87

Inconformado com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, o candidato aviou recurso, aduzindo que também a alternativa “c” estaria correta.

Para tanto, diante dos fatos fundamentos apresentados em resposta aos pedidos de revisão, os quais deixavam evidente a incorreção da aludida alternativa, restou ao candidato apresentar falsas razões, *in litteris*:

A questão, assim como foi posta na prova, não apresenta como assertiva correta a que consta do gabarito, pois a palavra “**vencimentos**” (**frise-se, no plural**) não diz respeito apenas à parcela fixa, mas **abrange também outras vantagens conferidas ao servidor**.

[...]

Para que a questão em voga merecesse prosperar, esta devia constar vencimento (no singular), que aí, sim, indiscutivelmente corresponderia à parcela fixa definida em lei.

Pois bem. Em se tratando de candidato a magistrado, este relator prefere acreditar que o candidato, ao elaborar o recurso, por um lapso, não atentou para o fato de que a questão impugnada foi redigida com a palavra “vencimento”, no singular, fato que, pelas próprias razões apresentadas na peça de inconformismo, leva à conclusão de que a alternativa “c” está incorreta.

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso.

Questão 88

Inconformado com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, o candidato aviou recurso, aduzindo que também a assertiva “b” estaria correta.

Ocorre que, como fundamento à sua irrisignação, o candidato pinça trecho de aresto do STF e apresenta hipótese claramente distante do que pretendia o examinador.

De fato, não há como se comparar um cargo não remunerado com outro momentaneamente não remunerado, já que o seu ocupante estaria no gozo de licença sem contrapartida financeira.

Destarte, “*em consonância com as normas alusivas ao direito administrativo, **positivadas no texto constitucional**” (dispositivo da questão - grifos acrescidos), “é vedada a acumulação **remunerada** de cargos públicos, exceto, quando houver*

compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI” (Art. 37, inciso XVI da CR/88 – sem grifos no original).

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso.

Questão 89

Inconformado com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, os candidatos aviaram recurso, aduzindo que também a assertiva “c” estaria correta.

Não obstante tratar-se de regra excepcional, a estabilidade sem efetividade é reconhecida tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, conforme demonstrado pelo examinador quando da decisão que rejeitou o pedido de revisão.

Ademais, não é por se tratar de uma exceção que tal questão pode ficar à margem dos operadores do Direito. Neste sentido, o mínimo que se espera de um pretendente ao cargo de magistrado é o conhecimento integral da Constituição da República.

Destarte, além do escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, colacionado pelo examinador na resposta ao pedido de revisão, também o insuperável José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 21ª Ed. Lúmen Iuris Editora; Rio de Janeiro: 2009, pág. 639), ao lecionar sobre estabilidade e efetividade, concluiu que:

- a) pode haver efetividade sem estabilidade;
- b) pode haver estabilidade sem efetividade;
- c) pode haver, concomitantemente, efetividade e estabilidade; e
- d) pode não haver nem estabilidade nem efetividade (caso dos servidores trabalhistas não alcançados pela regra excepcional de estabilização prevista no art. 19 do ADCT da CF).

Por último, no que tange ao *“repúdio em relação ao dato de que as fundamentações dos recursos das questões de direito administrativo tivessem sido divulgadas na Internet com papel timbrado de escritório particular de advocacia, que pelos sobrenomes ali inscritos, são parentes próximo do desembargador examinador, o que é uma lástima”*, cumpre esclarecer ao candidato o seguinte:

- a) o examinador, advogado Luís Carlos Balbino Gambogi, não é parente próximo ou distante de nenhum dos eminentes desembargadores que compõem o E. TJMG.
- b) tampouco o examinador é desembargador.

Em verdade, o advogado Luís Carlos Balbino Gambogi compõe a Comissão Examinadora por indicação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais.

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso.

Questão 90

Inconformados com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, os candidatos aviaram recurso, aduzindo que também a assertiva “b” estaria correta.

Sem razão os candidatos.

A uma, conforme bem esclarecido na resposta ao pedido de revisão:

[...] a redação do *caput* do art. 13 da Lei n. 8.666/93 não faz menção a rol exemplificativo:

Art. 13: Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...).

É importante destacar que quando o legislador quis admitir o rol exemplificativo, o fez de maneira expressa, como, por exemplo, no *caput* do art. 25 da mesma lei:

Art. 25: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...).

A duas, porque o art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 é claro ao dispor que a licitação será inexigível para a contratação de serviços técnicos **enumerados** no art. 13. *In verbis*:

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Assim, caso o serviço técnico não esteja **enumerado**, vale dizer, indicado, especificado, relacionado metodicamente (vide dicionário de Aurélio Buarque de Holanda) no art. 13, a inexigibilidade da licitação não poderá ser feita.

Não há dúvidas de que é taxativo o rol do art. 13, uma vez que, acaso exemplificativo fosse, a contratação direta justificar-se-ia com base no próprio *caput* do art. 13, e, não, no do art. 25.

Portanto, somente os serviços listados no art. 13 são considerados serviços técnicos profissionais especializados para fins de inexigibilidade de licitação.

Em verdade, não obstante devam ser interpretados conjuntamente, o art. 13, que tem natureza taxativa, exerce o papel de calibrador do art. 25, que tem natureza exemplificativa. Do contrário, em existindo apenas o disposto no art. 25, o alcance das hipóteses de inexigibilidade comprometeriam a regra geral que impõe a licitação. Observe-se que, para que nenhum esforço hermenêutico viesse a incluir, entre as hipóteses taxativas do art. 13, os serviços de divulgação e publicidade, foram estes expressamente vedados pelo art. 25.

Enfim, exceto divulgação e publicidade, tudo aquilo que couber no elenco exemplificativo do art. 25 pode ser contratado, desde que caiba na moldura de calibração fixada pelo elenco taxativo do art. 13. Por último e não menos importante, cabe recordar a elementar regra hermenêutica: *“onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.”*

A três, pois não se pode olvidar que deve ser interpretada restritivamente norma que excepciona o comando geral, que é a realização do procedimento licitatório sempre que o Poder Público desejar contratar com particulares.

Adilson Abreu Dallari encarece a exigência de licitação como regra geral no Estado Democrático de Direito na seguinte passagem de seu “Aspectos jurídicos da licitação”:

Por força da idéia de república, do princípio da isonomia e do princípio da impessoalidade, é forçoso extrair da Constituição um ‘princípio da licitação’. Em regra, todos os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, porque a Administração Pública não pode nem privilegiar, nem prejudicar quem quer que seja, mas deve oferecer iguais oportunidades a todos de contratar com ela. Essa é a regra geral.

É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. **Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer de que a regra geral é a exigibilidade, e de que a exceção é a dispensa.** (g.n.) (in: Aspectos jurídicos da licitação. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45 e 46).

A quatro, porque ainda que se considere haver controvérsia com relação ao entendimento ora esposado, à vista da doutrina citada nas razões recursais, é de se observar que a alternativa ‘a’, a correta de acordo com o gabarito oficial e, não impugnada pelos recorrentes, é extrema de dúvidas, por corresponder à exata letra do art. 39 da Lei 8.666/93.

Significa dizer que entre as alternativas em debate, tem-se a letra ‘b’, que inspirou dúvida nos recorrentes, e a letra ‘a’, cuja redação é irrepreensível ante a letra da lei, de sorte que não restava aos candidatos outra alternativa possível.

Ante o exposto, NEGO provimento aos recursos.

Questão 99

Inconformado com o indeferimento do pedido de revisão desta questão, o candidato aviou recurso, aduzindo que também a assertiva “d” estaria correta.

De início, cabe destacar que, por uma simples questão de lógica, as afirmativas sustentam idéias diametralmente opostas, sendo impossível que uma justifique a outra, menos ainda que ambas sejam verdadeiras. É que, ao consignar que os atos podem – e, não, devem – ser declarados nulos, ficou claro que os atos praticados com vício de competência admitem sim convalidação.

Neste particular, cumpre firmar, em conformidade à doutrina de De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Vol. III e IV, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pag. 380), o real significado da palavra poder:

PODER. Derivado do verbo latino *posse* (poder, ter poder, ser capaz), é a expressão usada na terminologia jurídica nas mesmas condições em que se usa na linguagem corrente: isto é, como verbo e como substantivo.

Poder. Como verbo, é tomado no sentido de *ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade.*

Deste modo, toda vez que o verbo vem reger qualquer frase, mostra, em relação ao que rege, uma *autorização*, uma *permissão* ou uma *faculdade*, em virtude do que se adquire a *faculdade de fazer* ou *de se seguir* o que ali se contém.

Assim, na *conjugação positiva*, poder traz sentido bem diverso de *dever*.

Enquanto poder revela uma *permissão* ou estabelece uma *faculdade*, o *dever* impõe uma obrigação, sendo portanto imperativo o que se contém na frase por ele regida.

O *deve* é para ser feito, não há alternativa. O *pode* constitui faculdade e será ou não cumprido aquilo que por ele se estabelece, conforme a vontade da pessoa.

Por outro lado, aduz o art. 2º, “a” da Lei 4.717/1965 que “*são nulos os atos **lesivos** [...] nos casos de incompetência*” (g.n.), algo não abordado pelo examinador, que não tratou da hipótese de dano ao erário.

No mesmo passo, o art. 3º da aludida norma volta apontar a lesão como pressuposto à eventual invalidade do ato, sendo que, ao contrário do afirmado pelo candidato, este não enumera os atos anuláveis, apenas esclarece que os casos não taxados no art. 2º, ou seja, “*cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.*”

Por fim, na única parte do recurso em que assiste razão ao candidato, realmente a Lei 9.784/1999 “*não pode sobrepor-se à Lei 4.717/65*”, já que “*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*” (art. 2º, §1º da LICC), o que não se vislumbra na hipótese, uma vez que ambas tratam de temas totalmente diversos.

No entanto, a solução da questão passa longe da antinomia inventada pelo candidato, podendo ser encontrada no escólio de José dos Santos Carvalho Filho, para quem “*são convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos*” (Manual de Direito Administrativo. 21ª Ed. Lúmen Iuris Editora; Rio de Janeiro: 2009, pág. 159). Ainda, segundo o aclamado mestre, compartilha a mesma opinião a administrativista Weida Zancaner.

Destarte, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tem-se que, “*quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação*” (Direito Administrativo. 20ª Ed. Atlas Editora; São Paulo: 2007, pag. 237).

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso.