

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

DISSERTAÇÃO (VALOR: 4,0 pontos; máximo de 5 laudas)

Improbidade Administrativa.

1 – A improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8.429/92, compreende os atos “praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (artigo 1º). A citada lei se constitui em importante instrumento de combate à corrupção administrativa (que, em seu sentido jurídico-administrativo, em geral corresponde a atos de improbidade), regulamentando o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição da República. Há razoável consenso no sentido que se deve considerar ato de improbidade aquele que, em termos jurídico-constitucionais, signifique desonestidade no trato com a coisa pública. Não há improbidade sem desonestidade. Essa consideração é refletida na composição dos chamados “tipos de improbidade”, particularmente no que diz à interpretação judicial e ao aspecto “subjetivo” por eles requerido.

2 – Como indica José dos Santos Carvalho Filho¹, “a expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como preposto do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público.

3 – O enunciado da questão deixou claro que todos os pontos sugeridos deveriam ser abordados na resposta. Isso era o mínimo. Candidatos que deixaram de analisá-los foram descontados.

4 – Contudo, no desenvolvimento de sua resposta, vários candidatos foram além dos pontos mínimos sugeridos, ainda que nem sempre abordando-os com a indispensável precisão. A correção das provas levou em consideração esse acréscimo de informações e, quando estas estavam correlacionadas com o tema, foram devidamente pontuadas em grau superior ao atribuído às provas que se limitaram a abordar de forma menos ampla o tema da dissertação. Cabe destacar que a correção revelou uma espécie de “padronização” em várias respostas, chegando mesmo a mencionarem exemplos idênticos, indicando uma espécie de treinamento ou leitura direcionadas. Ocorre que a abordagem usualmente feita desse modo revelou-se, na maioria dos casos, superficial, o que desaguou em pontuação mediana.

5 – Se sobre o tópico abordado pairasse debate doutrinário e/ou jurisprudencial, eles deveriam ser expostos e, ao final, esperava-se do candidato que firmasse a sua posição. Nessas hipóteses, a pontuação do candidato não sofreu alteração em razão da posição adotada, ainda que esta venha a ser minoritária, desde que abordada precisamente. Diferentemente ocorreu quando o candidato expôs posição que não encontrasse amparo na lei ou que se chocasse com

¹ CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 611.

XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

jurisprudência tranquila de tribunais superiores. É certo que a questão demandou grande esforço dos candidatos, e foi possível notar que alguns se perderam ao não seguir o roteiro: uns foram mais a fundo em temas correlatos, outros exageraram o tempo dedicado a um ou outro aspecto, comprometendo a resposta global, em vista do apertado limite de tempo.

6 – Na letra “a” o enunciado da questão indagava sobre os sujeitos da relação processual em ações de improbidade, indicando como tópicos mínimos a questão da pessoa jurídica; do particular; do agente político; dos conselhos de fiscalização do exercício profissional e dos sucessores do ímprobo. A pontuação máxima dependeu de o candidato salientar, ao menos, os seguintes tópicos com suas respectivas abordagens técnicas:

6.1) nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo².

6.2) o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade³. Referida legitimidade não exclui a do ente público que tenha sofrido prejuízo com a prática do ato ímprobo.

6.3) os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade, ressalvados os atos ímprobos cometidos pelo Presidente da República, não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF⁴. Resta dúvida a respeito dos atos eventualmente praticados por ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão de uma decisão daquela Corte sobre o tema.

6.4) A LIA considera duas categorias de sujeito ativo: o agente público (artigo 1º), e o “terceiro” (artigo 3º), que induz ou concorre para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficia. Ambas as categorias deveriam ter sido abordadas e explicadas com precisão técnica e em todas as suas nuances. Cabia destacar que o “terceiro”, segundo entendimento firme do C. STJ, não pode figurar sozinho no polo passivo na demanda. A razão disso reside na própria estrutura de sua responsabilidade, tal como disposta na lei, pois somente pratica atos de cooperação com o agente público.

6.5) Também deveria ser enfrentada a situação da pessoa jurídica como sujeito ativo, quando incorporados ao seu patrimônio bens públicos desviados pelo ímprobo (na forma do artigo 3º da LIA). Nesse ponto também poderia destacar, a fim de enriquecer a resposta, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quando o ente for desviado dos seus fins estabelecidos em seus atos constitutivos, servindo de instrumento à prática de atos ilícitos, de forma a manter intangível o patrimônio dos seus sócios.

A controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de as pessoas jurídicas serem sujeitos ativos da improbidade deveria ser exposta, já que para alguns a norma do artigo 3º da LIA não poderia ser aplicada nesse caso, pois reclamaria a indução e/ou concurso para a prática do ato de improbidade, atitudes que somente poderiam ser praticadas por pessoas físicas. A referência legal ao “*agente público*”, nessa linha de pensamento, também seria indicativo de que a sua *mens legis* seria restringir a figura do “terceiro” às pessoas naturais.

² STJ, AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJE 10/06/2015;

³ STJ, REsp 1261660/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 24/03/2015, DJE 16/04/2015;

⁴ STJ, REsp 1191613/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 19/03/2015, DJE 17/04/2015;

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Conforme esse entendimento, as sanções de improbidade poderiam alcançar os sócios da pessoa jurídica, verdadeiros beneficiários do ato de improbidade, o que justificaria, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica. De outro giro, parcela da doutrina sustenta que os "terceiros", mencionados no dispositivo acima indicado, referem-se tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, entendimento esse que já foi acolhido pelo STJ no REsp 1.122.177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma, DJe 27.04.2011. Outro dado a ser apontado e analisado é o advento da lei número 12.846/2013.

6.6) A respeito da responsabilidade do sucessor do ímprobo, vários candidatos limitaram-se a repetir os dizeres do artigo 8º da LIA, o que é insuficiente para merecer pontuação. A abordagem completa, nesse ponto, dependeria de ser enfrentada a questão de perquirir se todas as sanções previstas da lei poderiam se transmitir aos sucessores, diante da previsão do artigo 5º, inciso XLV da CF/88. Poucos concorrentes assim procederam. Outro aspecto importante diz respeito à adstrição da responsabilidade do sucessor a uma específica categoria de ato de improbidade, já que o STJ compreende ser possível somente nos atos tipificados nos artigos 9º e 10º da LIA⁵.

6.7) Quanto aos conselhos de fiscalização do exercício profissional, boa parte dos candidatos limitou-se a definir a natureza jurídica de autarquia. Contudo, caberia destacar a análise a respeito de atos praticados em desfavor do patrimônio da Ordem dos Advogados do Brasil, face ao entendimento já acolhido pelo STF no sentido de que “a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada⁶⁷”. Nada obstava que o candidato firmasse posição no sentido oposto, desde que a embasasse suficientemente. Outra consideração pertinente é averiguar se todas as espécies de atos de improbidade podem ser cometidas em desfavor dos referidos Conselhos.

6.8) É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda⁸. É inegável que o particular sujeita-se à Lei de Improbidade Administrativa, porém, para figurar no polo passivo, deverá: a) incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito; b) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato; e c) quando se beneficiar, direta ou indiretamente do ato ilícito praticado pelo agente público⁹.

A pontuação máxima dependeu da abordagem precisa e completa dos itens acima indicados.

7 – A **letra “b”** tratava das medidas cautelares na LIA. Era insuficiente apenas reproduzir os dizeres da legislação. Dentre outros itens, e além dos adequados conceitos de sequestro, indisponibilidade de bens, afastamento do cargo e discricionariedade técnica, as respostas deveriam ser elaboradas de modo a abordar que:

7.1) A indisponibilidade de bens prevista na LIA - Lei de Improbidade Administrativa pode alcançar tantos bens quantos necessários a garantir as consequências

⁵ STJ, AgInt no AREsp 890797 / RN

⁶ STF, ADI 3026, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006.

⁷ TRF da 2ª Região. AC 200950010053632, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 – 7ª TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data:23/05/2013.

⁸ STJ, AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJE 10/06/2015

⁹ STJ, REsp 1.171.017/PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/2/2014, DJe 6/3/2014.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

financeiras da prática de improbidade, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei¹⁰.

7.2) Os bens de família podem ser objeto de medida de indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que há apenas a limitação de eventual alienação do bem¹¹.

7.3) O afastamento cautelar do agente público de seu cargo, previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92, é medida excepcional que pode perdurar por até 180 dias¹².

7.4) Aplica-se a medida cautelar de indisponibilidade dos bens do art. 7º aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública do art. 11 da LIA¹³.

7.5) Na ação de improbidade, a decretação de indisponibilidade de bens pode recair sobre aqueles adquiridos anteriormente ao suposto ato, além de levar em consideração, o valor de possível multa civil como sanção autônoma¹⁴.

7.6) É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, §7º, da Lei 8.429/92.

7.7) A decretação de indisponibilidade de bens independe de uma efetiva demonstração de risco de dilapidação de patrimônio por parte do ímprobo, considerando ser presumido o periculum in mora, nos termos do disposto no art. 7º da LIA.

7.8) A distinção entre a indisponibilidade dos bens e o sequestro, haja vista que a indisponibilidade abre mão da individualização dos bens pelo autor, alcançando a universalidade de bens ou valores do patrimônio do réu, conforme vem decidindo o STJ. Consequentemente, a necessidade de o autor da demanda estimar minimamente o valor do dano causado, com eventual acréscimo de multas, já que este será o parâmetro utilizado como dimensionamento da indisponibilidade.

8 – A **letra “c”** indagava sobre os atos de improbidade (administrativos, legislativos e jurisdicionais). Nesse ponto caberia ao concorrente distinguir corretamente os atos administrativos referidos e abordar sobre a sindicabilidade dos atos jurisdicionais ou legislativos típicos. Não é crível supor que os atos judiciais ou legislativos nunca possam servir de instrumento para a caracterização de atos ímprobos. Pense-se, por exemplo, num ato realizado por força de corrupção passiva do agente. Alguns candidatos, contudo, foram levados a pensar que o fato de a ação de improbidade não ser o canal adequado para a desconstituição jurídica desses atos, o que é verdade, acarretaria a impossibilidade do reconhecimento do ato ímprobo exteriorizado por intermédio deles. É sabido que a atividade legislativa não é incontestável. Justamente por isso cabe ao Poder Judiciário verificar a

¹⁰ STJ, REsp 1461892/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 17/03/2015, DJE 06/04/2015.

¹¹ STJ, REsp 1461882/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 05/03/2015, DJE 12/03/2015.

¹² STJ, AgRg na SLS 001957/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, Julgado em 17/12/2014, DJE 09/03/2015.

¹³ STJ, AgRg no REsp 1299936/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 18/04/2013, DJE 23/04/2013.

¹⁴ STJ, AgRg no AREsp 65.181/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 12/5/2014.

XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

adequação da lei aos padrões de probidade, os quais devem nortear toda a atividade legislativa, desde a fase de proposição até a apreciação final pela Casa Legislativa. Também os atos jurisdicionais, se praticados por má fé ou fraude, em tese, podem configurar atos ímprobos nos termos da legislação de regência.

Além disso, deveria conceituar o que se entende por “*discricionarietà técnica*”¹⁵ e relacioná-la com a tipicidade à luz da legislação vigente. Cabia esclarecer em que consiste o chamado “*erro de apreciação*” e verificar o seu possível enquadramento legal. Ademais, há de se proceder a uma análise de proporcionalidade dos atos discricionários, notadamente, para o fim de comprovação da existência ou não de desvio de finalidade no caso concreto, a indicar violação a princípios administrativos pelos agentes públicos. A doutrina é assente em proclamar a possibilidade de o Poder Judiciário realizar controle difuso de constitucionalidade dos atos legislativos para o fim de se caracterizar atos de improbidade¹⁶.

9 – A letra “d” exigia do concorrente uma análise mais ampla. Versava sobre a tipologia objetiva e subjetiva: conceitos jurídicos indeterminados e improbidade; enriquecimento ilícito; atos lesivos ao patrimônio público; atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; atos atentatórios aos princípios regentes da atividade estatal; atos dolosos e culposos: a culpa grave e a cegueira deliberada. Inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil.

Além de conceituar cada um dos institutos abordados na questão, o candidato tinha que abordar os aspectos objetivos e subjetivos de cada grupo de atos de improbidade. Ainda que não fosse indispensável, embora desejável, averiguar detidamente os elementos objetivos previstos em lei, ao menos deveria o concorrente abordar cada grupo de atos, conforme a classificação procedida pela própria legislação nos artigos, 9, 10, 10-A e 11 da LIA.

Ao fazê-lo, convinha especificar as características de cada grupo em si.

Já no que diz com o elemento subjetivo, fazia-se mister assentar ser inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, distinguindo a improbidade da mera ilegalidade, em razão de na primeira exigir-se a presença de dolo e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por danos ao erário. A chamada “*culpa grave*” também deveria ser abordada e conceituada. Poucos candidatos o fizeram.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”¹⁷.

Convinha, portanto, assinalar as tendências doutrinárias sobre a discussão da admissibilidade de se punir os atos de improbidade à guisa de culpa, existindo uma primeira corrente que defende a necessidade do dolo para a configuração de improbidade administrativa; enquanto a segunda manifesta a possibilidade de ocorrer improbidade

¹⁵ Expressão que engloba todo tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam, pela sua grande complexidade técnica (elevada complexidade das premissas factuais), ser subtraídas do controle jurisdicional, in “GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9a. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017. P. 463.

¹⁶ Nesse sentido, STJ - REsp: 1181511 RS 2010/0028907-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 03/04/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2014.

¹⁷ STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011.

XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

culposa; Há, ainda, uma terceira, que defende a possibilidade de a improbidade ocorrer em função da prática dolosa ou caracterizada pela culpa grave.

A própria concepção do conceito de dolo, no âmbito criminal compreendido como vontade dirigida à causação de um resultado, deveria ser avaliada pelo candidato, ante ao fato de que é ínsita à noção de improbidade a deslealdade e a desonestidade do agente perante a Administração Pública. Tudo isso sem olvidar que a jurisprudência do STJ consolidou o entendimento que exige apenas “*dolo genérico*” para a configuração de atos de improbidade administrativa por violação de princípios¹⁸.

Quanto à teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), registre-se tratar de construção jurisprudencial de origem inglesa e norte-americana, assemelhada à formulação do dolo eventual, consolidada, a princípio, em sede de crimes de lavagem de capitais. Com efeito, em face destes crimes, com esteio na cognominada “*ostrich instructions doctrine*”, passou-se a considerar merecedor de condenação criminal, “aquele que tem o dever de evitar o resultado e, embora possua mecanismos para averiguar a natureza de determinados bens, opta pela ignorância deliberada, comportando-se como avestruz, que enterra a cabeça na terra para não ver a luz do sol”¹⁹. Cabia aqui considerar que a eventual utilização dessa teoria somente seria admissível em *condutas omissivas*.

Consoante consta explicitamente na LIA, os atos de improbidade administrativa foram compartimentalizados em quatro modalidades, sendo que apenas o artigo 10, preconizou em seu texto que tal modalidade poderá ser praticada tanto na forma culposa, como na dolosa. Como vista acima, os demais atos de improbidade administrativa exigem o dolo do agente. E isso significa dizer que, a princípio, a produção da prova do elemento subjetivo é manifestamente mais árdua do que em relação a prática dos atos previstos no artigo 10º (dolo ou culpa), pelo fato de que terá que demonstrar, de forma inequívoca, que o agente, efetivamente, quis o resultado e, portanto, agiu de modo a alcançar o fim almejado. No entanto, tem-se que a lei em tela não delimita a modalidade do dolo ao praticante do ato ímprobo, podendo, portanto, ser tanto o dolo direto, como o dolo eventual. Nesse ponto deveria o candidato analisar a compatibilidade da aplicação de tal teoria, concebida para ser aplicada em casos criminais, e a margem de seu cabimento em sede de ação de improbidade administrativa. Como critério de correção já destacado acima, não era importante acolher uma ou outra orientação. O relevante era a exposição criteriosa do tema.

10 – A “**letra e**” indagava do candidato sobre intrigante questão: a competência: o foro por prerrogativa de função e os atos praticados em detrimento de sociedade de economia mista federal.

Afigurava-se essencial assinalar a posição do STF sobre a inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, tendência que já era seguida desde o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 2797, quando foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002 - que equiparava a ação por improbidade administrativa, de natureza cível, à ação penal e estendia aos casos daquela espécie de ação o foro por prerrogativa de função, posição recentemente confirmada pela Suprema Corte.

¹⁸ STJ, REsp nº 765.212-AC, relator Min. Herman Benjamin.

¹⁹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_164.pdf>.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Alguns poucos candidatos aprofundaram a questão, ainda sob o prisma do chamado “foro privilegiado”, e analisaram a possibilidade de um ministro daquela corte ser o réu da demanda, o que foi considerado positivamente na pontuação, quando a análise foi precisa.

Quanto aos atos de improbidade praticados por pessoas vinculadas às sociedades de economia mista federal, ou contra elas, deveria o candidato abordar o tratamento constitucional da competência da Justiça Federal, conforme previsão do artigo 109 da CF. Trata-se de questão controversa.

Justamente por isso, consoante indicação já encimada, deveriam ser expostos os debates sobre o tema e, ao final, o concorrente deveria posicionar-se.

Há precedente do STF no sentido de reconhecer a competência da Justiça Estadual, à míngua de demonstração do direto interesse jurídico ou econômico da União Federal, *verbis*:

“1. A ação de improbidade administrativa que se volta contra dirigente de sociedade de economia mista da qual a União é acionista majoritária não acarreta, por si só, a presunção de violação de interesse, econômico ou jurídico, da União. 2. In casu, não se vislumbra, a priori, interesse jurídico direto da União apto a fixar a competência da justiça federal, e por conseguinte, a atribuição do Parquet Federal.” (ACO 2.438 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 24-2-2015, DJE 45 de 10-3-2015.)

Esse entendimento parece caminhar no mesmo sentido da aplicação da súmula nº 42 do STJ²⁰, e a regra estatuída no art. 109, I, da CF, segundo a qual somente quando a União intervier na causa, na condição de autora, ré, oponente ou assistente, é que a competência será da Justiça Federal. Nessa linha, seria o ingresso de um dos entes mencionados no dispositivo constitucional que atrairia a competência para a Justiça Federal, e não a simples existência de seu interesse econômico da União. No mesmo sentido é a súmula nº 517, também do Supremo Tribunal Federal: “*As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente*”.

De outro giro, registra-se corrente doutrinária pugnando que quando a ação de improbidade administrativa por atos praticados em detrimento de sociedade de economia mista federal for ajuizada pelo Ministério Público Federal, a competência necessariamente será da Justiça Federal²¹. Os fundamentos dessa posição, que já encontrou amparo em precedente do STJ²², são: a) o controle acionário da sociedade de economia mista pela União deságua no reconhecimento de seu interesse à apuração de atos ilícitos que importem prejuízo patrimonial à sociedade empresarial; b) a repartição das atribuições dos ramos do Ministério Público deve observar o princípio federativo, pelo que o MPF deve atuar perante causas na Justiça Federal; c) sendo o *parquet* federal o autor da ação civil pública, a competência da justiça federal é firmada com esteio no art. 109, I, da CF.

Não foram muitos candidatos que expuseram o tema de forma adequada. Talvez pela escassez de tempo, a maioria limitou-se a afirmar uma ou outra tese.

²⁰ “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”.

²¹ Nesse sentido: ALVIM, Arruda. “A competência para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa em face de atos praticados em detrimento de sociedade de economia mista federal”. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 84-90.

²² AgRg no CC 122.629/ES, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 13.11.2013.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

11 – A letra “f” exigiu do candidato conhecimentos sobre o fenômeno prescricional em ações de improbidade. O artigo 23 da LIA dispõe sobre o tema, estabelecendo prazos conforme a situação do ímprobo: se detentor de mandato, exerce cargo em comissão ou função de confiança, o termo *a quo* da prescrição é o término do vínculo com a Administração Pública, sendo o prazo, de cinco anos, contado a partir daí. No caso de faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, ou seja, quando há o vínculo permanente do ímprobo com o ente público, o prazo prescricional é o previsto em lei específica. Por fim, é de cinco anos o prazo prescricional no caso de ato de improbidade relacionado à apresentação de contas pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da LIA.

Vários candidatos limitaram-se a reproduzir o dispositivo legal sobre a matéria (artigo 23 da LIA).

Conforme entendimento do STJ, o prazo prescricional da ação de improbidade, quando o fato traduzir crime, deve ser pautado pela regra do Código Penal, mesmo que a ação penal ainda não tenha sido ajuizada²³. Igualmente deveria ser abordada a contagem individual de prazo prescricional, por ocasião de atos de improbidade praticados conjuntamente por mais de um agente²⁴ e a contagem do prazo prescricional quando o ímprobo é agente político detentor de mandato, já que, segundo tese do C. STJ, “no caso de agentes políticos reeleitos, o termo inicial do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado a partir do término do último mandato²⁵”.

Ainda segundo aquela Corte, “o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude²⁶”.

Essencial era abordar a recente decisão do STF²⁷, e que gerou a tese segundo a qual “são imprescritíveis ações de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Vários candidatos citaram a decisão da Suprema Corte como se ela tivesse reconhecido a imprescritibilidade de todo e qualquer ato que gerasse dano ao Erário. Essas posições dos tribunais superiores deveriam orientar o candidato para a abordagem da indagação sobre a possibilidade de prosseguimento da demanda de improbidade, mesmo após o advento da prescrição do ato ímprobo, para fins de viabilizar ressarcimento ao erário público. Igualmente, nesse caso, para que a resposta fosse completa, deveria abordar a legitimidade *ad causam* para perseguir esse ressarcimento, máxime diante dos termos do artigo 17, § 2º da LIA²⁸.

²³ STJ, REsp nº 1656383/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgamento em 27/06/2018.

²⁴ STJ, REsp nº 1230550/PR, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, julgamento em 20/02/2018.

²⁵ STJ, AgRg no AREsp 161420/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª TURMA, julgado 03/04/2014, DJe 14/04/2014; REsp 1290824/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013; AgRg no REsp 1259432/PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013.

²⁶ STJ, AgRg no REsp 1510589/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 10/06/2015; REsp 1433552/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014; REsp 1405346/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 19/08/2014;

²⁷ STF, RE nº 852475/SP.

²⁸ STJ, REsp 1261660/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão: Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

12 – A **letra “g”** cuidou das características e requisitos da sentença na demanda de improbidade administrativa. Por conveniência do candidato, o item poderia ser analisado em conjunto com o seguinte, elencado sob a **“letra h”**, que tratava das sanções aplicáveis ao agente ímprobo. Para além de destacar as qualidades da sentença dispostas no Código de Processo Civil, deveria o candidato analisar as especificidades do ato processual nas demandas de improbidade administrativa típicas.

Deveria ser abordado o cabimento da remessa necessária, sendo certo que, segundo o STJ, a aplica-se à ação de improbidade administrativa a previsão contida no artigo 19 da Lei nº 4.717/65, de forma a estar sujeita a sentença terminativa ou de improcedência ao reexame necessário²⁹.

Como bem salientado por Daniel Amorim Assumpção Neves “ainda que vigore no processo coletivo o princípio do interesse no julgamento do mérito, é possível a extinção da ação de improbidade administrativa por meio de sentença terminativa, nos termos do artigo 485 do CPC. A única especialidade se dá na extinção por abandono ou desistência³⁰”. Na mesma obra o autor salienta que nas sentenças de mérito, não há qualquer especialidade na sentença de improcedência, que terá natureza declaratória como em qualquer outra espécie de demanda. Em arremate, têm-se que a sentença de procedência, com o acolhimento de todos os possíveis pedidos formulados pelo autor, impõe, a análise acurada das sanções previstas na LIA.

Nesse ponto, caberia destacar ainda a situação de reenquadramento da tipicidade do ato, em desacordo com a tipificação provisória exposta na petição inicial; a possibilidade ou não de o Juiz assim proceder sem oferecer a oportunidade de as partes debaterem sobre o tema e outros temas relacionados ao princípio da correlação.

Sob o ponto de vista *quantitativo* da sanção, cabia analisar se é dado à parte autora a possibilidade de limitação do pedido, à luz de eventual usurpação da função jurisdicional de balizamento das sanções abstratamente previstas pelo legislador, conforme o imperativo constitucional de individualização das penas (artigo 5º, XLVI da CF/88).

Impunha observar, na esteira do entendimento já acolhido pelo STJ, que “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Por isso, permite a aplicação cumulativa com uma sanção jurídica prevista no art. 12 da LIA. Nesse caso, os bens são penhoráveis por conta da Lei nº 8.009/90, art. 3º, inciso VI. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações³¹”.

No julgamento do REsp 622.234, o Ministro Mauro Campbell Marques explicou que, nos casos de improbidade administrativa, existem duas consequências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento: “A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto a segunda vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário”.

²⁹ STJ, 1ª Seção, EREsp 1.220.667/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 24.05.2017, DJe 30.06.2017.

³⁰ Manual de Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual, Ed. Método, 6ª Edição, 2017.

³¹ STJ, (STJ, REsp 1.184.897/PE, rel. ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011) (2ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, relatora ministra Assusete Magalhães, julgado 15/12/2015).

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Quanto à multa civil, devido à sua natureza de pena, deve ser revertida em favor da pessoa jurídica prejudicada e não ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85. Visa sancionar o agente ímprobo. Por ser de índole punitiva, impede a solidariedade e se limita à pessoa do condenado. Por força do art. 20 da LIA, é inexigível o trânsito em julgado, aplicando-se as regras do processo civil para a execução provisória do julgado.

Nesse mesmo sentido, cabia ponderar que a primeira sanção prevista pelo art. 12 da Lei 8.429/1992, em seus três incisos, na realidade não tem qualquer natureza punitiva. A perda dos bens e dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu tem natureza reparatória, tanto assim que haverá sucessão nessa obrigação na hipótese de falecimento do agente ímprobo, nos termos do art. 9.º da LIA.

Cabia delimitar, ainda, o patrimônio do agente ímprobo que pode ser afetado para viabilizar o cumprimento das sanções de reparação de danos causados ao erário e perda de bens e valores acrescidos ilicitamente. Nessa linha de pensamento, o candidato deveria deixar assentado que o patrimônio constituído anteriormente à conduta ímproba reconhecida na decisão judicial pode ser usado para viabilizar a reparação dos danos, mas a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio demanda que o acréscimo decorra do ato de improbidade, sendo certo que os bens podem ser tanto aqueles desviados do patrimônio público e indevidamente incorporados pelo agente ímprobo, como também bens lícitamente adquiridos com dinheiro desviado do erário abarcando, ainda, os frutos e rendimentos dos bens adquiridos ilicitamente.

Ainda cabia ponderar a eventual condenação em dano moral coletivo e a sua eventual cumulação com a multa civil prevista pelo artigo 12 da LIA.

Quanto à perda da função pública, segundo o art. 20, da Lei 8.249/1992, cuida-se de sanção, ao lado da suspensão dos direitos políticos, que só podem ser aplicadas após o trânsito em julgado, ou seja, em sede de execução definitiva. Na esteira do entendimento do STJ, seria mister abordar a desnecessidade de aplicação desta sanção para todo ato de improbidade, eis que “a conduta do agente será determinante para a eventual aplicação de tal pena, da mesma forma que também será valorada a espécie de ato e quais os propósitos pretendidos pela sua prática³²”.

Ainda quanto à perda da função pública a resposta ideal deveria analisar se a função pública que será perdida é aquela exercida pelo agente ímprobo no momento do trânsito em julgado, mesmo que diferente daquela exercida à época em que foi praticado o ato de improbidade administrativa, ou se a referida sanção somente poderia ocorrer quanto à função exercida pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade administrativa.

Sobre a extensão dos efeitos dessa sanção jurídica (perda da função) poderiam ser exploradas as situações do acúmulo de cargos públicos a qual, na esteira de precedentes jurisprudenciais, quando restar reconhecida a prática da improbidade com conduta funcional vinculada às funções públicas exercidas pelo agente público, passíveis de acumulação constitucional (art. 37, XVI e XVIII, CF), haverá igualmente perda de ambas³³.

³² Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. “Manual de Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual”, Ed. Método, 6ª Edição, 2017.

³³ STJ, REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Outro tema a ser explorado pelo candidato, ainda relacionado à sanção em debate, era possibilidade de se reconhecer na sentença a decretação de cassação da aposentadoria. Quanto a isso, cabia ao concorrente, inicialmente, ponderar se no momento em que exercido o juízo de prelibação positivo da petição inicial o réu encontrava-se ou não aposentado. Na sequência, cabia ponderar se o efeito da sentença é *ex nunc*, e só passa a incidir os efeitos com seu trânsito em julgado (o que tornaria, em tese, incabível, a cassação da aposentadoria) ou *ex tunc*. Ter-se-ia que analisar, ainda, se o caráter contributivo dos benefícios previdenciários em geral não permitiria tal solução, por gerar um parcial ou total enriquecimento indevido do Poder Público.

E, por fim, cabia responder a explícita indagação sobre ser possível a um juiz federal decretar a perda da função de um agente ímprobo vinculado à Administração Pública estadual³⁴.

A aplicação proporcional das sanções previstas na LIA, em vista da gravidade concreta do ato de improbidade, era tema de análise indispensável nesse tópico, certo de que o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.³⁵ Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem ferramenta indispensável para o sancionamento por atos de improbidade administrativa, sendo claro que esses ilícitos apresentam gravidade diversa e, portanto, demandam penas diversas.

Quanto aos atos de improbidade de pequeno potencial ofensivo e/ou insignificantes não era importante que o candidato se posicionasse num ou noutro sentido. Reafirme-se que o critério de correção, em matérias polêmicas, não levou em consideração a convicção do candidato, mas o raciocínio e a abordagem criteriosa da matéria.

13 – Por fim, a **letra “h”** versou sobre a intrigante questão dos acordos de leniência e a LIA. Nesse ponto seria indispensável o candidato pontuar que o art. 17, § 1.º, da Lei de Improbidade Administrativa, estabelece ser vedada a “*transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. A mera menção a esse dispositivo não assegurava qualquer pontuação.

Vários candidatos assim procederam.

Impunha-se avaliar ser ou não possível alcançar outra conclusão, diante da tendência de reconhecimento de um “microsistema de combate à corrupção, composto de uma série de diplomas normativos que visam estabelecer mecanismos de sancionamento, repressão e

³⁴ Nesse sentido é o entendimento do STJ: “(...) A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível (...)”; STJ, (RESP 200700200692, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/08/2009.

³⁵ STJ, AgRg no AREsp 538656/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 239300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, 2ª TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015; REsp 1091420/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

redução da prática de condutas classificadas como corruptas e contrárias à moralidade pública”, tese encampada pelo Ministério Público Federal.³⁶

Antes mesmo de esta posição ministerial se tornar pública, o entendimento já fora acolhido judicialmente pela 3ª Turma do Egrégio TRF da 4ª Região³⁷.

De outro giro, cabe registrar que recentemente o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu de forma diversa, decidindo pela impossibilidade de se admitir a transação em processos relacionados a atos de improbidade administrativa, aplicando, para tanto, o entendimento pautado na prevalência da legislação especial (art. 17, § 1.º, da Lei n.º 8.429/1992), como já visto acima.³⁸

A posição contrária, estampada na referida Nota Técnica do MPF, defende ter havido a derrogação do art. 17, § 1.º, da LIA em função do advento da Lei Anticorrupção, pois “*a adoção do acordo de leniência pela LAC, como técnica especial de investigação e meio de defesa a um só tempo, inovou a ordem jurídica e afetou todo o microsistema anticorrupção, passando a valer também para o âmbito da LIA, quando se estiver à frente de punição de pessoa jurídica, por atos lesivos à administração pública.*”

Há ainda uma posição, aparentemente intermediária, que admite transações com relação à reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo, repelindo-as quanto às penas de natureza político-administrativas previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992, não permitindo qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios³⁹”.

Como já exposto, não era relevante que o candidato aderisse a um ou outro posicionamento, mas que os expusesse adequadamente, definindo quais os óbices e fundamentos das posições divergentes existentes.

QUESTÃO 1) (VALOR: 1,5; máximo de 2 laudas)

“CNJ define procedimento de votação em matéria administrativa para casal de desembargadores” (notícia publicada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça em 30.04.2014). Cuidou-se de procedimento instaurado a requerimento de desembargadora de Tribunal de Justiça contra decisão do Pleno do referido tribunal que a proibiu de participar nas deliberações administrativas do Tribunal Pleno por ser casada com desembargador também integrante do mesmo tribunal.

³⁶ Nesse sentido, a Nota Técnica n.º 1/2017, expedida pela 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão – núcleo de Combate à Corrupção – do MPF, em 20.11.2017.

³⁷ Agravo de Instrumento n.º 5023972-66.2017.4.04.0000/PR2, julgado em 22.08.2017.

³⁸ STJ, AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018.

³⁹ Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. “Manual de Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual”, Ed. Método, 6ª Edição, 2017.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

À luz deste caso apreciado pelo Conselho Nacional de Justiça, indaga-se: a) é possível a atuação dos desembargadores casados no mesmo julgamento do Tribunal na esfera administrativa do Pleno? b) há regra no Código de Ética da Magistratura Nacional aplicável à hipótese (em caso positivo, qual)? c) como deve ser observado o procedimento de votação da questão administrativa quando na mesma sessão houver a presença dos dois desembargadores que são casados entre si?

GABARITO

Conforme julgado do Conselho Nacional de Justiça (PCA n. 0001515-46.2013.2.00.0000; Requerente: Regina Célia Ferrari Longuni; Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Acre), foi definido que: i) nos processos administrativos submetidos ao Tribunal Pleno do TJ do Acre não poderá haver prolação de votos de ambos os desembargadores que são cônjuges no mesmo caso; ii) nesta hipótese, ficará impedido de votar o desembargador que estiver em posição inferior na ordem de tomada de votos nas deliberações submetidas à apreciação do Pleno do TJ.

Na apreciação do requerimento feito ao CNJ, foi invocada a regra do art. 128, da LOMAN – “*Art. 128. Nos Tribunais, não poderão ter assento na mesma Turma, Câmara ou Seção, cônjuges e parentes consanguíneos ou afins em linha reta, bem como em linha colateral até o terceiro grau. Parágrafo único. Nas sessões do Tribunal Pleno ou órgão que o substituir, onde houver, o primeiro dos membros mutuamente impedidos, que votar, excluirá a participação do outro no julgamento*”.

Na fundamentação do referido julgado, observou-se que “um mesmo fato pode ocasionar diferentes repercussões e, assim, a instauração de processos nas esferas penal, cível e administrativa. Seguindo a lógica do entendimento anterior, os magistrados parentes estariam impedidos de participar do julgamento dos processos nas esferas penal e cível, mas poderiam participar do julgamento na esfera administrativa” Veja o exemplo de um homicídio praticado por um magistrado. Perante a jurisdição penal seria julgado pelo tribunal de origem diante do possível crime perpetrado e, caso a competência originária fosse do Tribunal Pleno, os magistrados parentes ou cônjuges estariam impedidos de participar do julgamento em conjunto. No que se refere à jurisdição civil, relativamente ao mesmo fato – ação de reparação de danos -, caso houvesse a interposição de recurso de competência do Tribunal Pleno, os magistrados parentes ou cônjuges também não poderiam participar do julgamento em conjunto. Já no âmbito administrativo haveria instauração de processo administrativo disciplinar em face do magistrado que cometeu o pretense homicídio. Apesar de ser o mesmo fato, os magistrados cônjuges ou parentes poderiam participar do julgamento no mesmo caso, apesar de impedidos nas esferas penal e civil.

Logo, se as regras de impedimento buscam assegurar a lisura e, principalmente, o prestígio das decisões emanadas do Poder Judiciário, além de eliminar qualquer dúvida sobre os motivos de ordem objetiva que possam influir no ânimo do julgador, não há qualquer sentido em excluir tais regras da esfera administrativa de atuação dos tribunais.

O Código de Ética da Magistratura Nacional (adotado pela Resolução n. 60/2008, do Conselho Nacional de Justiça), no seu art. 8º - “*magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o*

XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

processo uma distância equivalente das partes, e evita todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” – também é aplicável aos integrantes dos tribunais nas suas atuações e decisões administrativas.

Objetiva-se seguir a lição de Cândido Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 413) quanto à “necessidade de impedir que o juiz se exponha a tentações tais, que fossem capazes de pôr em xeque sua capacidade de resistir e manter-se imparcial”. Assim, se o mesmo fato não pode ser apreciado nas esferas civil e penal pelos magistrados cônjuges ou parentes, não há motivo para admitir o contrário na esfera administrativa.

Deve-se apenas ressaltar a participação dos magistrados cônjuges, companheiros ou parentes na apreciação de matérias legislativas e políticas, tais como a eleição de cargos diretivos do tribunal, a edição de proposta de lei para criação de cargos, a aprovação de atos normativos internos, entre outras. Por óbvio que estão impedidos de participarem das deliberações sobre a escolha de candidatos para composição de listas de promoção, remoção ou acesso que concorram parentes deles em grau vedado por norma própria. Sobre tal restrição, qualquer desembargador que tenha vínculo familiar próximo com determinado candidato não poderá participar e, no caso de ser parente dos dois desembargadores cônjuges, por exemplo, os dois não poderão participar da votação.

O Conselho Nacional de Justiça ratificou tal orientação no recente caso julgado envolvendo dois desembargadores irmãos do Tribunal de Justiça da Paraíba, conforme notícia publicada sob o título “CNJ proíbe votos de desembargadores parentes em processos” (Consultor Jurídico, visitado em 22.10.2018).

Com base nesta fundamentação para a resposta da questão, foram considerados os seguintes critérios para a correção da prova:

- a) nos processos administrativos submetidos ao Tribunal Pleno do Tribunal não poderá haver prolação de votos de ambos os desembargadores que são cônjuges no mesmo caso, ressalvada a participação dos magistrados cônjuges na apreciação de matérias legislativas e políticas, tais como a eleição de cargos diretivos do tribunal, a edição de proposta de lei para criação de cargos, a aprovação de atos normativos internos.

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo assinalar tal conclusão com a devida fundamentação à luz do art. 128, parágrafo único, da LOMAN. Se a resposta não estiver suficientemente fundamentada, é atribuído apenas **0,1 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

- b) A regra do Código de Ética da Magistratura Nacional está prevista no seu art. 8º - “*magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito*”, revelando-se também aplicável aos integrantes dos tribunais nas suas atuações e decisões administrativas.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo justificar a resposta tal como consta da fundamentação do gabarito. Se não houver suficiente fundamentação, e tão somente a regra do art. 8º, é atribuído **0,2 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

- c) Neste caso, o procedimento a ser seguido é o seguinte: ficará impedido de votar o desembargador que estiver em posição inferior na ordem de tomada de votos nas deliberações submetidas à apreciação do Pleno do TJ, nos termos do art. 128, parágrafo único, da LOMAN.

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo justificar a resposta tal como consta da fundamentação do gabarito. Se não houver suficiente fundamentação, e tão somente a regra do art. 128, da LOMAN, é atribuído **0,2 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

Na correção das provas houve consideração da pontuação para a referência ao art. 147, do novo CPC (a despeito dele se referir a magistrados parentes), quanto à resposta dada à indagação constante da letra “c”, mas não a integralidade da pontuação pois a resposta se revelou incompleta.

Foram considerados negativamente os erros gramaticais e de emprego incorreto da língua portuguesa, de modo a excluir 0,1 ponto por equívoco considerado grave.

QUESTÃO 2) (VALOR: 1,5; máximo de 2 laudas)

O tema da propriedade fiduciária tem merecido importante aplicação nas causas relacionadas às atividades da Caixa Econômica Federal como empresa pública no segmento contratual e de direitos reais. Sob tal contexto, devem ser respondidas as seguintes questões:

- a) Qual é a natureza jurídica, espécie e efeitos da propriedade fiduciária?
- b) Quais são as normas jurídicas aplicáveis às diversas atuações da Caixa Econômica Federal no tema da propriedade fiduciária?
- c) Quais são os remédios processuais à disposição da Caixa Econômica Federal em caso de inadimplemento das prestações do fiduciante?

A questão envolve tema de Direito Civil, notadamente na questão referente às modalidades de propriedade, daí a denominada propriedade fiduciária. Cuida-se de técnica relacionada a permitir ao credor de determinada obrigação que receba reforço significativo na busca de satisfação do seu crédito mediante garantia representada pela propriedade fiduciária. Na realidade, novos instrumentos de garantia do crédito foram concebidos em razão da maior complexidade da vida moderna, tais como a venda com reserva de domínio (até a liquidação final do preço) e o negócio fiduciário (conhecido do Direito romano – *fidúcia cum amico* e *fidúcia cum creditore*).

A alienação fiduciária em garantia foi introduzida na legislação brasileira para fomentar a produção e comercialização de bens móveis e duráveis, sendo regulada na Lei nº 4.728/65 que, posteriormente foi alterada pelo Decreto-Lei nº 911/69 e, mais recentemente, pelas

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Leis nº 10.931/2004 e 13.043/2014. O Projeto do Código de Obrigações de 1965 previu o contrato de fidúcia. A garantia fiduciária foi, em seguida, estruturada pelo Decreto-Lei nº 911/69 não apenas em termos de Direito material, mas também de Direito processual. O Código Civil de 2002 tratou do instituto sob a epígrafe “Da propriedade fiduciária” (arts. 1.361 a 1.368-B), não a incluindo próxima aos direitos reais de garantia, a despeito de seus estreitos vínculos.

Desde a introdução da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, o instituto tem servido para dinamizar o crédito para aquisição de bens móveis, sendo que por força da Lei nº 9.514, de 20/11/97, houve seu alargamento para também abranger bens imóveis. Assim, a Lei nº 9.514/97 instituiu a alienação fiduciária em garantia de imóveis. O sistema da alienação fiduciária e da propriedade fiduciária é mais eficiente que outros pois investe o credor da qualificação jurídica de proprietário com o que o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, diferentemente do que ocorre nos direitos reais de garantia.

Há duas importantes funções econômicas e sociais da alienação fiduciária em garantia: a) proporcionar maior facilidade e melhores condições para o consumidor na aquisição de determinados bens de valor razoável; b) fornecer garantia mais eficaz ao financiador que, desse modo, passa a ter a propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não for paga a dívida. Reforce-se que a função da propriedade fiduciária não é de gozo (ou fruição), mas de garantia.

Em sentido lato, a alienação fiduciária representa o negócio jurídico consoante o qual um dos contratantes adquire, em confiança, a propriedade de um determinado bem, obrigando-se a devolvê-lo tão logo se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação.

Neste momento do espelho da questão, passa-se à abordagem do conceito e da natureza jurídica da propriedade fiduciária.

Costuma-se conceituar a propriedade fiduciária como a propriedade transferida ao credor que, assim, passa a ter a posse indireta da coisa, independentemente de sua tradição efetiva (ou real), constituída em razão da garantia do pagamento de obrigação a que ela acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida. Ou, em outras palavras, a propriedade fiduciária é o domínio que se aliena ao credor para fins de garantia de obrigação pecuniária, assegurando o cumprimento da obrigação mediante o mecanismo de transferência da propriedade de uma coisa.

Ao alienante da coisa costuma-se denominar fiduciante, enquanto o adquirente é chamado de fiduciário. No âmbito do regime da propriedade fiduciária decorrente da alienação fiduciária em garantia, o fiduciário se torna proprietário resolúvel. O contrato corresponde a um negócio translativo vinculado a negócio obrigacional com eficácia subordinada ao adimplemento da obrigação contraída pelo fiduciante em decorrência do contrato.

É importante atentar para a natureza resolúvel da propriedade e, obviamente, da própria alienação da coisa em favor do credor. O título – contrato de alienação fiduciária em garantia – corresponde a um negócio jurídico de disposição condicional (ou negócio jurídico sujeito à condição resolutiva). A condição corresponde ao pagamento integral da dívida ao fiduciário, gerando a resolução da sua propriedade em favor do devedor da obrigação. Adimplida, pois, a

XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

obrigação garantida, o fiduciário terá que fornecer instrumento de quitação para o fim de se proceder ao cancelamento do registro do imóvel em nome do fiduciário e, ao mesmo tempo, ao registro do nome do fiduciante como novo proprietário da coisa.

A grande diferença entre a propriedade fiduciária e os direitos reais de garantia é a circunstância de se tratar de propriedade do credor sobre a coisa cujo valor garante seu crédito (Código Civil, art. 1.361, *caput*). Não há novo direito real criado pelo Código Civil, mas sim o direito de propriedade caracterizado pela resolubilidade diante das peculiaridades do contrato de alienação fiduciária em garantia. Assim, mostra-se equivocada a orientação segundo a qual a propriedade fiduciária seria “direito real de garantia condicional”.

O contrato de alienação fiduciária em garantia se caracteriza por ser: a) contrato bilateral, eis que gera obrigações para ambos os contratantes; b) contrato oneroso, já que beneficia a ambos os contratantes; c) contrato acessório, porquanto se subordina à obrigação garantida. Através do contrato de alienação fiduciária um bem é afetado ao cumprimento de determinada obrigação, mas há também a expectativa do devedor de vir a se tornar proprietário da coisa.

Quanto aos requisitos do contrato, são elencados os subjetivos, os objetivos e os formais. No que tange aos primeiros, qualquer pessoa, com capacidade genérica para os atos e negócios da vida civil, pode alienar em garantia desde que tenha poder de disposição sobre a coisa alienada. Antes do advento do Código Civil, relativamente ao aos bens móveis, somente as instituições financeiras podiam ser adquirentes (ou fiduciárias, no regime da Lei nº 4.728/65). Atualmente, não há restrição subjetiva. Caio Mário da Silva Pereira já considerava, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, a possibilidade de o fiduciário não ser apenas instituição financeira.

No contrato, é imperiosa a presença de certas estipulações, tais como a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de correção monetária (se houver), além das comissões e encargos (Lei nº 4.728/65, art. 66-B, na redação da Lei nº 10.931/04).

No que tange à forma, exige-se que o título (contrato) da aquisição da propriedade fiduciária seja um documento constituído por instrumento público ou particular, que deve ser levado a registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, de maneira a atender a necessidade de publicidade e eficácia *erga omnes* (formalismo publicitário).

No âmbito da Lei nº 9.514/97, somente é adquirida a propriedade fiduciária quando o contrato de alienação fiduciária em garantia for levado a registro no Cartório Imobiliário. Normalmente, no mesmo documento haverá três contratos envolvidos no crédito imobiliário, a saber, o contrato de financiamento voltado à aquisição do imóvel, a compra e venda do mesmo imóvel e, finalmente, o contrato de alienação fiduciária.

Relativamente aos requisitos objetivos da propriedade fiduciária (e, obviamente, do negócio jurídico causal), há algumas peculiaridades.

É importante observar que o Código Civil se refere apenas à coisa móvel infungível (art. 1.361, *caput*), durável e inconsumível e, desse modo, não trata da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. As coisas objeto da propriedade fiduciária não podem ser substituídas por outras de igual espécie, qualidade e quantidade, além de não

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

desaparecerem pelo uso (como nos exemplos do quadro pintado, do veículo automotor, de eletrodomésticos, de computadores, de animais perfeitamente individualizados, entre outros). O motivo da infungibilidade da coisa consiste na indispensabilidade de identificação da coisa para fins de restituição e recuperação (via busca e apreensão ou reintegração de posse, dependendo do caso).

Como não há incompatibilidade entre a Lei nº 9.514/97 e o Código Civil de 2002, o instituto continuará a ser regido, quanto aos bens imóveis, pela lei de 1997 (Código Civil, art. 1.368-A). Há, ainda, o Código Brasileiro de Aeronáutica que, nos arts. 148 a 152, cuida da alienação fiduciária que tem por objeto aeronaves.

No que tange ao Decreto-Lei nº 911/69, há disposições que não foram objeto de tratamento pelo Código Civil de 2002 e, assim, o sistema prosseguirá, especialmente no que tange às normas de Direito processual. O art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/65, admite a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito. As edificações, terrenos, unidades imobiliárias autônomas, glebas podem ser objeto de propriedade fiduciária, o mesmo ocorrendo com os créditos imobiliários (quer para gestão, quer para securitização ou no interesse do titular quer para administração por sociedades especializadas, ou ainda para fins de alienação no mercado de valores para fins de financiamento de determinada atividade econômica).

Caso o bem objeto da propriedade fiduciária seja um veículo, o contrato de alienação fiduciária em garantia deve ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e no DETRAN (repartição com atribuições para o licenciamento do veículo), devendo-se proceder à anotação no certificado de registro do veículo (Código Civil, art. 1.361, § 1º; Lei nº 4.728/65, art. 66, § 10). Como observa a doutrina, neste caso não é dispensado o registro no Cartório de Títulos e Documentos eis que o DETRAN não tem delegação para praticar atos que objetivem a constituição de garantia real; o objetivo é dar maior publicidade à propriedade fiduciária. Assim, é fundamental que haja duplo registro do contrato. O Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema, editou a Súmula nº 92, do seguinte teor: “A terceiro de boa fé não é oponível a alienação fiduciária em garantia não anotada no Certificado de Registro de veículo automotor”.

O credor (financiante) adquire a propriedade resolúvel da coisa alienada, sendo que a posse direta da coisa fica em poder do devedor. O bem é alienado e transferido no que tange à propriedade para fins de garantia: o devedor fiduciante aliena o bem ao credor. Enquanto no penhor e na hipoteca o credor tem direito real sobre coisa alheia, na garantia fiduciária o credor possui direito real sobre a própria coisa.

O credor fiduciário não é proprietário pleno, mas é titular da propriedade resolúvel, nos termos do art. 1.359, do Código Civil (entre outras referências normativas). Uma vez extinta a dívida, opera-se a resolução da sua propriedade que se transfere para o antigo devedor alienante. A exemplo dos direitos reais de garantia, a lei veda o pacto comissório (art. 66, § 6º, da Lei nº 4.578/65, e art. 1.365, do Código Civil). Parcela da doutrina critica tal proibição de estipulação do pacto comissório, eis que, diversamente do que ocorre com os direitos reais de garantia, na alienação fiduciária em garantia o bem já é de propriedade do credor fiduciário e, assim, não há sentido em proibir algo que é efeito natural do negócio

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

fiduciário (a aquisição da coisa pelo credor). Contudo, a lei é peremptória quanto à proibição e, por isso, eventual possibilidade de pacto comissório somente existirá com alteração da norma legal. De todo modo, após o vencimento da dívida e seu não pagamento, admite-se que os contratantes convençam a dação em pagamento para fins de extinção da obrigação (Código Civil, art. 1.365, parágrafo único), além é óbvio de não surgir algum interessado na aquisição forçada do bem e, assim, consolidar-se-á a propriedade na pessoa do credor fiduciário.

Uma novidade do Código Civil de 2002, na matéria, é a não restringir o fiduciário apenas às instituições financeiras. Qualquer pessoa poderá contratar a alienação fiduciária em garantia, salvo em caso de proibição expressa em determinada lei. No âmbito da Lei nº 9.514/97, o art. 22, parágrafo único, autoriza qualquer pessoa física ou jurídica a contratar a alienação fiduciária em garantia de imóvel, não sendo a avença privativa de entidades que atual no Sistema Financeiro Imobiliário. É possível, assim, que o fiduciário empreste determinado valor pecuniário ao fiduciante para que este adquira determinado bem que, imediatamente em seguida, tem sua propriedade e posse indireta transferidas ao fiduciário sob condição resolutiva. Mas também há a possibilidade de a operação fiduciária partir de um bem integrante do patrimônio do fiduciante. Daí a Súmula nº 28, do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Há algumas obrigações impostas ao alienante: a) como devedor, ele precisa solver a dívida com todos os seus acessórios, sendo consideradas nulas as cláusulas que estabeleçam perda total das prestações pagas (Lei nº 8.078/90, art. 53); b) como alienante, ele tem a obrigação de conservar a coisa em seu poder como depositário (por equiparação), devendo manter e administrá-la, não podendo dispor da coisa a qualquer título; tem, ainda, obrigação de entregar a coisa ao credor assim que houver motivo para tanto, sob pena de caracterizar a condição de depositário infiel (Código Civil, art. 1.363).

A mora do devedor fiduciante é reflexo do protesto do título ou sua intimação por carta AR diante da providência adotada pelo Cartório de Títulos e Documentos (ressalvada a mudança realizada pela Lei n. 13.043/14 quanto à caracterização da mora *ex re*). Caso haja alienação da coisa e seu produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, o devedor continuará obrigado pelo remanescente (Código Civil, art. 1.366).

Há algumas obrigações exigíveis do adquirente que se torna proprietário fiduciário: a) dever de proporcionar o financiamento se a obrigação principal é constituída simultaneamente com a alienação fiduciária; b) respeitar o uso regular da coisa pelo alienante, não molestado sua posse direta, e não pode se apropriar da coisa alienada diante da proibição do pacto comissório (Código Civil, art. 1.365); c) restituir o saldo da diferença ao devedor após a venda da coisa (Código Civil, art. 1.364); d) restituir a propriedade da coisa ao alienante uma vez cumprida a obrigação garantida (ou pretensão restituitória de natureza real).

Devido ao inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário poderá alienar a coisa a terceiro e, assim, aplicar o produto da venda na solução do seu crédito.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Para tanto, o proprietário deverá antes constituir o devedor em mora (mediante protesto do título ou carta registrada), momento em que vencem-se todas as prestações.

A Lei nº 10.931/04 veio a complementar regras acerca do financiamento de imóveis e, desse modo, deve ser analisada em consonância com a Lei nº 9.514/97. Assim, nos contratos com prazo mínimo de pagamento das prestações em trinta e seis meses, é perfeitamente possível a cláusula de reajuste mensal em observância aos índices de preços setoriais ou gerais, ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança, mas não é admitida a estipulação de cláusula de equivalência salarial ou de comprometimento de renda.

No sistema da Lei nº 9.514/97, podem ser objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia lotes de terreno ou áreas construídas como casas, salas, apartamentos, prédios. O contrato pode ser celebrado por instrumento particular (Lei nº 9.514/97, art. 38), sendo que, com o pagamento integral das prestações pelo fiduciante, caberá o fiduciário proceder à entrega do termo de quitação no prazo de trinta dias de modo a permitir o cancelamento do registro imobiliário da propriedade fiduciária (Lei nº 9.514/97, art. 25, § 2º). O não pagamento das prestações autorizará o fiduciário a promover a alienação do imóvel através de leilão público, além de ingressar com a ação de reintegração de posse cuja liminar deve ser concedida imediatamente com prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação voluntária.

Finalmente, há os remédios processuais que podem ser utilizados em caso de inadimplemento das prestações do devedor fiduciante.

Uma vez constituído o devedor em mora, o fiduciário pode adotar as seguintes providências: a) promover a busca e apreensão do bem objeto da propriedade fiduciária; b) promover a execução da dívida contra o devedor ou seus fiadores ou avalistas.

O devedor poderia requerer a purgação da mora se tivesse pago, ao menos, 40% (quarenta por cento) do valor financiado no sistema do Decreto-Lei nº 911/69, o que ensejou a edição da Súmula nº 284, do Superior Tribunal de Justiça: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”. Todavia, com a superveniente edição da Lei nº 10.931/04, houve alteração da redação do art. 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, o que excluiu a limitação da purga da mora apenas às hipóteses em que já houvesse, ao menos, o pagamento correspondente a quarenta por cento do valor financiado.

A ação de busca e apreensão poderá ser ajuizada com a comprovação da mora do devedor, o que por si só autoriza o deferimento da liminar requerida pelo fiduciário. Decorrido o prazo de cinco dias da execução da liminar, ocorre a consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário que, assim, poderá providenciar as medidas necessárias para alteração das informações nos certificados e registros pertinentes. Proferida a sentença na ação de busca e apreensão, o credor fiduciário passa a ter a posse (poder físico) sobre a coisa, além da propriedade, de modo a providenciar a alienação onerosa. A ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei nº 911/69 não se confundia com a antiga ação cautelar de busca e apreensão regulada no Código de Processo Civil de 1973, eis que é processo autônomo de natureza satisfativa e cognição sumária, independe de qualquer procedimento ulterior.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Quando não fosse encontrado o bem no patrimônio do devedor – apesar de deferida liminar de busca e apreensão -, poderia o credor requerer a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Discutiu-se, no passado bem recente, se era possível o decreto de prisão civil diante do não cumprimento da obrigação de restituir (considerada em equiparação ao caso do depositário infiel). Além de a equiparação legal do devedor à figura do depositário ser bastante frágil e precária (eis que o devedor foi o adquirente do bem para depois aliená-lo ao fiduciário), o Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pela República Federativa do Brasil (e internalizado pelo Decreto nº 592/92 no Direito brasileiro), não mais admite outra espécie de prisão civil que não a do devedor de alimentos. Daí não ser mais aceitável e possível a prisão civil do devedor fiduciante ainda que descumpra sua obrigação de devolver a coisa objeto da propriedade fiduciária. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não cabe a prisão civil do devedor fiduciante nos contratos de alienação fiduciária em garantia, inclusive porque não há depósito efetivo na espécie.

Com base nesta fundamentação para a resposta da questão, foram considerados os seguintes critérios para a correção da prova:

- a) A natureza jurídica da propriedade fiduciária é de propriedade resolúvel (CC, art. 1.359). O título – contrato de alienação fiduciária em garantia – corresponde a um negócio jurídico de disposição condicional (ou negócio jurídico sujeito à condição resolutiva). A condição corresponde ao pagamento integral da dívida ao fiduciário, gerando a resolução da sua propriedade em favor do devedor da obrigação. Adimplida, pois, a obrigação garantida, o fiduciário terá que fornecer instrumento de quitação, com a consequente perda da propriedade para o ex-credor fiduciário e a aquisição da propriedade plena pelo ex-devedor fiduciante.

As espécies de propriedade fiduciária atualmente existentes envolvendo a Caixa Econômica Federal são aquelas relacionadas aos bens móveis (inclusive veículos automotores nos casos de programas de incentivo aos taxistas) e aos bens imóveis (no Sistema Financeiro Imobiliário).

Quanto aos efeitos da propriedade fiduciária, podem ser trazidos à colação os seguintes: i) obrigações impostas ao fiduciante: a) como devedor, ele precisa solver a dívida com todos os seus acessórios, sendo consideradas nulas as cláusulas que estabeleçam perda total das prestações pagas (Lei nº 8.078/90, art. 53); b) como alienante, ele tem a obrigação de conservar a coisa em seu poder como depositário (por equiparação), devendo manter e administrá-la, não podendo dispor da coisa a qualquer título; tem, ainda, obrigação de entregar a coisa ao credor assim que houver motivo para tanto, sob pena de caracterizar a condição de depositário infiel. A mora do devedor fiduciante é reflexo do protesto do título ou sua intimação por carta AR diante da providência adotada pelo Cartório de Títulos e Documentos (com admissibilidade de mora ex re para algumas hipóteses). Caso haja alienação da coisa e seu produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, o devedor continuará obrigado pelo remanescente (Código Civil, art. 1.366); ii) obrigações do proprietário fiduciário: a) dever

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

de proporcionar o financiamento se a obrigação principal é constituída simultaneamente com a alienação fiduciária; b) respeitar o uso regular da coisa pelo alienante, não molestado sua posse direta, e não pode se apropriar da coisa alienada diante da proibição do pacto comissório; c) restituir o saldo da diferença ao devedor após a venda da coisa; d) restituir a propriedade da coisa ao alienante uma vez cumprida a obrigação garantida (ou pretensão restituitória de natureza real). Devido ao inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário poderá alienar a coisa a terceiro e, assim, aplicar o produto da venda na solução do seu crédito. Para tanto, o proprietário deverá antes caracterizar o devedor em mora, momento em que vencem-se todas as prestações.

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo abranger os três aspectos acima indicados – natureza jurídica, espécie e efeitos da propriedade fiduciária. Se a resposta abranger apenas um dos três aspectos, é atribuído apenas **0,2 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

- b) As normas jurídicas aplicáveis às várias atuações da Caixa Econômica Federal são o Decreto-Lei n. 911/69, a Lei n. 9.514/97, a Lei n. 10.931/2004 e a Lei n. 4.728/65 (art. 66-B, § 3º).

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo justificar a resposta tal como consta da fundamentação do gabarito. Se não houver suficiente fundamentação, e tão somente às Leis, é atribuído **0,2 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

- c) Uma vez constituído o devedor em mora, o fiduciário pode adotar as seguintes providências: a) promover a busca e apreensão do bem móvel objeto da propriedade fiduciária se se tratar de bem móvel, ou promover a ação de reintegração de posse, em sendo bem imóvel; b) promover a execução da dívida contra o devedor ou seus fiadores ou avalistas. No regime da cessão fiduciária de crédito, a CEF pode promover o bloqueio da conta na qual o terceiro efetua o pagamento, ainda que na esfera extrajudicial.

A resposta completa equivale a **0,5 ponto**, devendo justificar a resposta tal como consta da fundamentação do gabarito. Se não houver suficiente fundamentação, e tão somente a menção aos remédios processuais, é atribuído **0,2 ponto**. Qualquer resposta diferente não é pontuada.

Foram considerados negativamente os erros gramaticais e de emprego incorreto da língua portuguesa, de modo a excluir 0,1 ponto por equívoco considerado grave.

QUESTÃO 3) (VALOR: 1,5; máximo de 01 lauda)

A referência indiscriminada a diversos dispositivos legais não assegura a pontuação.

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

- A referência genérica ao dispositivo legal que disciplina o tema, desacompanhada da necessária resposta, não assegura a pontuação.
- A estrutura lógica das respostas e o rigor técnico no uso de conceitos jurídicos integram a avaliação das respostas de todos os itens.

a) Qual a extensão da imunidade de jurisdição dos agentes consulares em matéria cível e criminal? (0,25)

O candidato deve apontar que a matéria é regulada pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, art. 43 (0,05), bem como que os agentes consulares gozam de imunidade penal restrita aos atos praticados no exercício da função (0,1) e de imunidade cível também restrita aos atos praticados no exercício da função (0,1).

b) Qual a extensão da imunidade de jurisdição dos agentes diplomáticos em matéria cível e criminal? (0,25)

O candidato deve apontar que a matéria é regida pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, art. 31 (0,05). Os agentes diplomáticos gozam de imunidade penal absoluta (0,1) e ampla imunidade em matéria cível, observadas as exceções constates no art. 31 (0,1).

c) Os agentes consulares e diplomáticos podem renunciar à essa imunidade? (0,25)

O candidato deve apontar que as imunidades não podem ser objeto de renúncia pelos agentes consulares e diplomáticos (0,1), tendo em vista que se trata de benefício decorrente da soberania estatal (0,05). O tema é disciplinado pelo art. 32 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (0,05) e pelo art. 45 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (0,05).

d) Quais são os critérios aplicáveis às imunidades das organizações internacionais (0,75)

O candidato deve apontar que as imunidades das Organizações Internacionais têm como fonte os tratados internacionais em vigor no Brasil, sejam eles os instrumentos que constituem determinada Organização Internacional, sejam eles os instrumentos que regulam sua atuação no Brasil (0,5). A submissão do regime das imunidades de Organizações Internacionais aos tratados em vigor no Brasil já foi reconhecida pelos Tribunais Superiores (0,25).

4ª QUESTÃO (VALOR: 1,5; máximo de 03 laudas)

Em que consiste a técnica de remessa na elaboração legislativa das normas penais? Quais as formas de remessa identificáveis em nosso direito penal e suas respectivas classificações? De

**XVII CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA 2ª REGIÃO**

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

que críticas é passível a referida técnica e quais os pontos defensáveis da utilização dessa técnica?

Objetivo – No primeiro fragmento da indagação o candidato ao menos deverá identificar e conceituar as normas penais em branco e as autorizações, podendo ser um plus para maior pontuação, quando ressaltar que o recurso aos elementos normativos jurídicos, encontrados no direito em geral, pode ser também considerado como remessa a outras normas com vistas à definição típica (ex. fraudulentamente).

No segundo fragmento deverá ao menos relacionar e definir 3 (três) das classificações possíveis: a) normas penais em branco em sentido lato e estrito; b) total ou parcial; c) estática ou dinâmica e d) explícita ou tácita. Poderão ser aceitas outras classificações desde que notoriamente conhecidas na doutrina (ex. homovitelinias e heterovitelinias).

No terceiro fragmento deverá abordar as críticas à insegurança quanto ao objeto preciso da punição, tratando suficientemente de pelo menos 2 dos seguintes temas: a) violação ao princípio da legalidade certa; b) enfraquecimento do princípio da divisão de poderes; c) maior probabilidade de erros de tipo e proibição; d) a questão da inconstitucionalidade. Assim como sobre os pontos positivos da técnica, deverá abordar 2 dos seguintes pontos: a) permitem dinâmica e atualidade da norma quando envolvem tipicidade em áreas de técnicas e práticas muito modificáveis (ex. meio ambiente e sistema financeiro); b) segurança quanto ao núcleo preciso da proibição na norma penal remissiva (ex. ação proibida e sujeitos); c) possibilidade de uso de cláusulas de remissão inversa (ex. “a infração dessas normas será punida com a pena do art. “X” da norma penal principal”) e d) ser elaborada na modalidade explícita.

A pontuação da questão será dividida proporcionalmente entre essas três partes: no máximo 0,5 para cada uma das três partes corretamente abordadas.