



ESPELHO SENTENÇA

I – **Legitimação ativa:** a preliminar merece rejeição. A legitimação do Ministério Público Federal decorre de sua função institucional de tutelar o patrimônio público e social, na forma do inciso III do art. 129 da Constituição da República, do art. 17 da própria Lei nº 8.429/92, do inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85 e da alínea “b” do inciso III do art. 5º da Lei Complementar nº 75/93, eis que constitui interesse difuso de toda a coletividade, inexistindo na espécie representação da pessoa jurídica (União) por não se equiparar a advogado do ente público. Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado nº 329 de sua súmula.

II – **Legitimação passiva da pessoa jurídica YYY Empreendimentos Ltda:** Prescreve o art. 3º da Lei nº 8.429/92: "*As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*" O dispositivo, ao consignar "*mesmo não sendo agente público*", "*no que couber*", abrange as pessoas jurídicas, independentemente da propositura da ação em face dos sócios, sendo incompatíveis apenas as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Assim, considerando que a petição inicial

afirmou que a empresa foi beneficiária direta da cessão do bem público, sendo seu sócio-gerente primo do servidor, deve ser rejeitada a preliminar.

III – Licitude da gravação ambiental: A gravação ambiental realizada pelo representante legal da YYY Empreendimentos Ltda, no provável intuito de se acautelar, é lícita e não se equipara a interceptação indevida realizada por terceiro, vedada esta última pelos incisos XII do art. 5º da Constituição da República e pela Lei nº 9.296/96, o que a caracterizaria como prova ilícita (inciso LVI do dispositivo constitucional citado). No caso em tela, foi realizada gravação ambiental entre os interlocutores, em conversa sem natureza sigilosa, cujo conteúdo envolvia a exigência patrimonial ilícita (inclusive delituosa) do servidor para se silenciar sobre a irregularidade da cessão do uso do bem, sob pena de, a título de ameaça, comunicar aos órgãos e instituição mencionados na petição inicial. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que é *“lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal)”*, até porque se *“qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental”* (STF, Tribunal Pleno, Inq 2116 QO / RR, redator do acórdão Min. Carlos Ayres, julgamento em 15/09/2011, Dje 29-02-2012). A matéria, inclusive, já foi objeto de repercussão geral (Tribunal Pleno, RE 583937 QO-RG / RJ, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19/11/2009, Dje 18-12-2009). Dessa forma, o representante da pessoa jurídica poderia fornecer a gravação ao Ministério Público, na medida em que inexistia proteção à privacidade de nenhum dos interlocutores. Preliminar de nulidade processual rejeitada.

Fica consignado que a banca examinadora considerou, com igual quilate, a resposta de quem enfrentou o tema como de mérito.

IV – Mérito em relação aos réus Hilton da Paz e YYY Empreendimentos Ltda: A cessão do imóvel público sem licitação violou o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e o § 5º do art. 18 da Lei nº 9.636/98, expresso no sentido de que a *“cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei”*. Cumpre observar que restam afastadas as hipóteses de dispensa de licitação previstas no § 6º do citado artigo e as de dispensa e inexigibilidade estipuladas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista o comando imperativo do § 5º do art. 18, até porque não ocorreu qualquer justificativa de que não existiriam condições de competitividade. Ainda que houvesse o enquadramento da cessão de imóvel como verdadeira locação, vale observar que o *caput* do art. 18 da Lei nº 9.636/98 estipula que a cessão poderia se efetivar sob *“qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760/46”*, sendo certo que o aludido diploma legal, ao tratar da locação para quaisquer interessados, estipula que a *“locação se fará, em concorrência pública e pelo maior preço oferecido, na base mínima do valor locativo fixado”*, o que exigiria a incidência da Lei nº 8.666/93.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de violação às regras atinentes ao procedimento de licitação, tem julgados no sentido da presunção de prejuízo, alguns considerando, inclusive, *in re ipsa*, enquanto outros exigem a prova efetiva do dano. No caso em tela, a perícia produzida concluiu que o aluguel médio de mercado seria de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), muito superior ao montante ínfimo de R\$ 500,00 (quinhentos reais), restando caracterizado o dano, inclusive porque o laudo

ressaltou que melhorias feitas no imóvel pouco repercutiriam no valor do aluguel.

O réu Hilton não foi inábil, agindo de forma dolosa, no intuito de beneficiar pessoa jurídica da qual seu primo é sócio-gerente, confessando expressamente que não via mal em ajudar a empresa de seu parente e dar um uso ao bem. A cessão direcionada à aludida pessoa jurídica causou dano ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92), com violação do dever de honestidade e lealdade à instituição a qual pertence e aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e aqueles previstos no art. 3º da nº 8.666/93.

A despeito de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ter se firmado no sentido da suficiência do dolo genérico, na hipótese ocorreu o dolo específico (com o fim de ajudar seu primo) e má-fé.

No tocante ao enquadramento do ato nos incisos II, IV e VIII do art. 10 e art. 11 da Lei nº 8.429/92, cumpre dizer que inexistente tipicidade fechada, inclusive em função do advérbio “notadamente” mencionado no final do *caput*. A dispensa indevida de licitação (mesmo que informal), prevista no inciso VIII, está em sintonia com o inciso II na parte referente à cessão do imóvel “*sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie*”, sendo certo que o dispositivo, a despeito de não mencionar expressamente, depende do prejuízo ao erário, haja vista sua inclusão no art. 10. O inciso I do art. 21 da legislação em tela é claro ao estabelecer a necessidade da ocorrência do dano para fins de ressarcimento, em estreita correspondência ao art. 10.

É aceitável que se possa enquadrar a situação no inciso IV do citado artigo, entendendo haver locação por preço inferior ao mercado. A cessão de uso remunerada aproxima-se da figura da locação e a tipicidade não é fechada na esfera da improbidade administrativa.

O importante é destacar que as descrições se complementam e não há agravamento de cominações por adequação nesses dispositivos legais.

Registre-se que inexistirá incidência do art. 11 na espécie, mesmo com a presença de violações a princípios, tendo em vista que predomina o seu caráter subsidiário ou residual. A banca examinadora considerou correta a afirmativa relativa à consunção ou absorção pela infração mais grave.

A YYY Empreendimentos Ltda responde pelo art. 10 da Lei nº 8.429/92, por se beneficiar do ato de improbidade, ciente da cessão direta para sociedade da qual o sócio-gerente é parente do agente público Hilton, mediante aluguel simbólico, agindo com dolo e má-fé. Incorreta a perspectiva que pessoa jurídica não pode ser responsabilizada por improbidade, notadamente porque não poderia agir por má-fé ou culpa. É firme orientação no direito positivo quanto às duas situações, tanto no campo do direito material, como no processual. Apenas para ilustrar, a litigância de má-fé atinge pessoas físicas e jurídicas e na própria ação civil pública inexistirá condenação em honorários, custas e despesas, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei nº 7.347/85) para entidades autoras e demandadas, por extensão isonômica decorrente de certa orientação jurisprudencial, englobando diversas pessoas jurídicas.

V – Mérito em relação a Epaminondas da Silva: a conduta altamente reprovável no campo ético do aludido agente, de exigir o pagamento de duzentos mil reais (R\$ 200.000,00) para se omitir em comunicar a cessão irregular do bem público aos órgãos e instituição mencionados no enunciado, não se ajusta ao art. 9º da Lei nº 8.429/92. O referido dispositivo exige para sua configuração o efetivo recebimento de vantagem patrimonial, salvo na hipótese do inciso V, inaplicável ao caso, cuja parte final ressalva “*ou aceitar promessa de tal vantagem*”. Dessa forma, o ato ímprobo enquadra-se no art. 11 da legislação, por violação do dever de

lealdade à instituição, honestidade e moralidade, sendo certo que revela falta de caráter por parte do agente e sua conduta é indiscutivelmente dolosa. A omissão do agente, em comunicar a irregular cessão aos órgãos competentes antes do insucesso de sua exigência patrimonial, não estabelece liame com a violação do art. 10 da legislação, realizada pelos demais réus, haja vista que, mesmo com o contorno de represália (provavelmente desconhecendo a existência da gravação ambiental), o referido agente acabou por fazer as comunicações que ensejaram a apuração e o ajuizamento da ação de improbidade. Ademais, o enunciado não estabelece o lapso temporal até a efetivação das providências para se ter omissão relevante para efetivação do dano. O enquadramento ocorre no *caput* do art. 11, no máximo conjugado com o inciso I. O retardamento para realizar a comunicação da cessão indevida não é o objetivo do agente, eis que tal circunstância decorreu apenas porque deseja a obtenção da vantagem patrimonial indevida.

VI – Dosimetria: o candidato deve, mesmo que de modo conciso, delimitar quais medidas previstas no art. 12 da nº 8.429/92 devem ser aplicadas, entendendo a banca examinadora como imprescindível a condenação solidária ao ressarcimento do erário para os réus que violaram o art. 10 da legislação, bem como a perda da função pública para Hilton e Epaminondas, na medida em que os fatos são graves e – quer pelo ângulo da Lei nº 8.112/90, quer pela ótica penal – demonstram desvio incompatível com o exercício do serviço público. Havendo condenação ao pagamento de multa civil, é necessário mencionar a destinação dos valores (União Federal ou Fundo de Defesa dos Direitos Difusos). É impertinente a perda de bens e acrescidos ao patrimônio, pois essa pena é afeta à infração, inexistente, de enriquecimento ilícito (art. 6º da referida lei). É descabida,

também, a aplicação de suspensão de direitos políticos e perda da função pública para a pessoa jurídica.

VII – Dispositivo: procedência, em parte, dos pedidos para ...

VIII – Custas e Honorários advocatícios: análise do cabimento, ou não cabimento, da condenação e da legislação aplicável (CPC ou LACP).

IX – Remessa necessária: análise, com referência ao art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Pontuação: preliminares – 0,75

Fundamentação – 3,75

Dispositivo – 1,0

Sentença nula (exemplo, sem dispositivo) = zero

QUESTÃO Nº 1

Ao se referir ao tributo federal IPI e à repetição de indébito tributário, a questão impunha que o candidato abordasse tema clássico do Direito Tributário, materializado na distinção entre tributos diretos e tributos indiretos.

Isto porque, ao concluir que o IPI é um tributo indireto, na linha da doutrina tradicional, o candidato deveria consignar que este imposto admite a chamada repercussão tributária, com a transferência do respectivo encargo financeiro.

Em consequência, a repetição do indébito do IPI deve seguir a orientação do art. 166 do Código Tributário Nacional. É dizer, só pode ser pleiteada pelo sujeito passivo tributário desde que prove que assumiu o

referido encargo ou, no caso de repercussão a terceiro, desde que esteja autorizado por este a recebê-la.

Contudo, o que se vê da questão é que Túlio da Silva não é contribuinte do IPI (art. 51 do CTN), mas apenas terceiro estranho à relação jurídica tributária - mero adquirente consumidor do produto. Em consequência, como já de há muito tem se manifestado a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores (STF: verbete 546; STJ: AgRg no REsp nº 1319044/PE, REsp nº 903394-AL), por não integrar a relação jurídica tributária, o terceiro não tem legitimidade ativa para ajuizar a repetição de indébito tributário.

Portanto, com estes fundamentos, caberia ao candidato reconhecer, na qualidade de Juiz Federal Substituto, a ilegitimidade ativa de Túlio da Silva, com a conseqüente extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

2ª QUESTÃO

a-) conceituar e demonstrar como funciona o sistema de registro de preços (0,5 pontos)

b-) identificar a base legal do registro de preços (art. 15 da Lei n.º 8.666/93 - não será atribuída qualquer pontuação para o candidato que mencionar apenas o Decreto n.º 3.931/01, que já foi, inclusive, revogado) – (0,2 pontos)

c-) a exigência de dotação orçamentária é exigida, no sistema de registro de preço, quando a contratação for efetivada e não no momento da licitação; daí porque não há qualquer violação ao art. 14 da Lei n.º 8.666/93; (0,5 pontos)

d-) coerência na resposta, raciocínio lógico, redação clara, uso correto da língua portuguesa – (0,3 pontos)

3ª QUESTÃO

Não é legítima a desistência. O contrato de prestação de serviço já estava aperfeiçoado, e seus termos obrigam os contraentes (*pacta sunt servanda*). A ideia geral é a obrigatoriedade (princípio da obrigatoriedade) e, em regra, as partes devem cumprir as suas prestações tal qual ajustadas (*cf.* art. 313 e 475 do Código Civil). O devedor não tem a escolha entre cumprir ou ressarcir.

As hipóteses em que a lei autoriza o arrependimento formam a exceção, e apenas incidem nos casos admitidos pelo ordenamento (v.g., art. 49 do Código do Consumidor – Lei nº 8.078/90).

A possibilidade de resolver o contrato, com a obtenção de perdas e danos, existe em favor da sociedade YY, nos expressos termos do art. 247 e 475 do Código Civil. Sem causa legal que a autorize, a prestadora afirma-se desvinculada de sua obrigação de fazer, de natureza infungível, de modo que resta caracterizada a inexecução culposa da prestação, e o devedor responde pelas perdas e danos (art. 389 do Código Civil).

Já a sociedade XX, prestadora, não é autorizada a arrepender-se (ou desistir), e nem mesmo existe hipótese que a permita resilir o contrato, através de denúncia. Ela tampouco tem a alternativa de resolver o contrato, aproveitando-se da dicção do art. 247 do Código Civil, já que essa regra, por si, não retira a possibilidade de o credor buscar o cumprimento específico da obrigação (regra dos artigos 313 e 475 do Código Civil).

Assim, ao invés de exigir perdas e danos, o credor pode ingressar com ação buscando o cumprimento da prestação de fazer, a ser aparelhada por preceito cominatório, com amparo nos artigos 287 e 461, § 5º, do CPC (imposição de multa diária, para que a obrigação seja cumprida).

Observações laterais:

(**obs. 1:** A própria expressão desistência, usada no artigo 49 do CDC, é criticável. E isto porque o interessado pode desistir de certa vantagem, ou de exercitar certa faculdade, mas não desistir de obrigação; por isso, parte da doutrina assinala que jamais ocorre a desistência, e prefere falar em arrependimento, que retroage ao momento da manifestação de contratar, retirando a eficácia da formação do contrato.)

(**obs. 2:** a possibilidade de denúncia do contrato, quando prevista, não se confunde com o arrependimento – ou desistência de contratar.)

(**obs. 3:** o art. 599 do CC não incide quando o ajuste tem prazo de vigência. Ademais, esse e alguns outros preceitos ligados ao contrato de prestação de serviços têm como destinatários o prestador pessoa natural).

(**obs. 4:** a pergunta expressamente exige a indicação dos preceitos legais pertinentes, mas não há a necessidade de indicação de todos os preceitos indicados no espelho).

(**obs. 5: Pontuação: desistência/arrependimento (0,3) – resolução – quem pode, com ou sem perdas e danos (0,7) – cumprimento específico e multa (0,5) –** embora não indagados, alguns candidatos perderam pontos com equivocadas referências históricas. Por exemplo, sustentaram que a multa cominatória, em casos da espécie, nasceu com a reforma processual de 1994. Para melhor entendimento do tema, recomenda-se a leitura da redação originária do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1973, ou do próprio Código de Processo de 1939, art. 302, inciso XII).