



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Dissertação

Cláusula penal é o ajuste acessório que impõe sanção econômica, em dinheiro ou em bem estimável em pecúnia, à parte em mora ou inadimplente no cumprimento de certa obrigação. Ela nasce sempre do negócio jurídico e sua disciplina geral está nos artigos 408/416 do Código Civil.

Suas funções básicas são duas: (i) exercer reforço obrigacional, de modo a dissuadir a contraparte de descumprir o ajuste e (ii) instituir prévia liquidação das perdas e danos.

Já o preceito cominatório é a multa, normalmente periódica, imposta em ordem judicial ou em título executivo, para coagir o obrigado a satisfazer certo comando. Ela é prevista de modo genérico em artigos do Código de Processo Civil (v.g., artigos 139, IV, 536, § 1º, 537, 806, § 1º, e 814), bem como em leis especiais e sua função é coercitiva; por isso, é agrupada, pelos processualistas, como meio de coerção, e não como meio de sub-rogação.¹ É também referida como *astreinte*, no singular, ou *astreintes*, no plural.

A cláusula penal tem natureza de direito substantivo, e uma de suas funções é a prévia liquidação das perdas e danos, enquanto as *astreintes* não têm essa finalidade: elas tutelam o processo, têm natureza instrumental.

Em razão de suas lógicas e origens distintas, a disciplina é diferente para uma e para outra. Assim, enquanto a cláusula penal incide no campo do direito das obrigações (em sentido estrito), a multa cominatória, instituto processual, pode tutelar processo em que apenas se discutam direitos não patrimoniais.

Quanto aos limites, para a cláusula penal existe preceito geral impondo que ela não possa ultrapassar o valor da obrigação principal (art. 412 do CC). Além desse limite, existem outros em leis específicas, tendo destaque o limite do CDC (art. 52, § 1º), para as multas de mora. Ademais, mesmo respeitado o teto máximo, o Código Civil estabelece o dever de o juiz reduzir equitativamente a cláusula penal toda vez que o seu valor seja manifestamente excessivo (artigo 413 do CC).

Já a *astreinte* tem como objetivo a efetividade do processo e, assim, não se submete a teto prévio legalmente fixado (algo que já ocorreu, no CPC de 1939, e sofreu severas

¹ Nos termos do inciso IV do art. 139 do CPC, incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o *cumprimento de ordem judicial*, inclusive nas ações que tenham por objeto *prestação pecuniária*”, sendo agora admitida, embora excepcionalmente, por suas próprias peculiaridades, a aplicação de *astreinte* em prestações pecuniárias.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

críticas).² Trata-se de instrumento de coerção, utilizável até no campo não patrimonial (artigo 537, § 5º). Mesmo quando adotado para induzir ao cumprimento de prestação patrimonial não há o teto.

As *astreintes* incidem até o cumprimento da prestação (art. 537, § 4º) e, se for o caso, também é possível exigí-las e cobrar as eventuais perdas e danos (cf. art. 500 do CPC). A ausência de teto não autoriza fixá-las em patamar desproporcional ou desarrazoado, desligado de seu fim primário. Por isso, consoante interpretação do artigo 537 do CPC, a multa deve ser compatível com o *cumprimento* da obrigação, e pode ser sempre revista e limitada (ou aumentada) para cumprir a sua finalidade.

Em ambas as hipóteses, tanto na cláusula penal (cf. art. 416 do CC) quanto na *astreinte*, o credor não precisa provar prejuízo. Na primeira, a previsão já representa a quantificação do dano, ainda que ele não exista. Já as *astreintes* não buscam indenizar o prejuízo, por isso a incidência não o pressupõe e, existente que seja o dano, ele pode ser recomposto juntamente com a exigência da multa cominatória.

A *astreinte* pode ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução (art. 537 do CPC). Assim, contra a respectiva decisão caberá agravo de instrumento (art. 1.015, inciso I ou parágrafo único, CPC) ou apelação (art. 1.009, *Idem*), conforme a hipótese. Nada obstante, segundo fixado pelo STJ, no regime de recurso repetitivo: "A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada" (2ª Seção, REsp nº 1.333.988/SP, DJe 11/04/2014), pelo que, como se extrai do voto do eminente relator, pode "ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente".

O atual CPC, no § 1º do artigo 537, menciona que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa *vincenda* ou excluí-la. Surgiu, por conseguinte, dissensão doutrinária: há autores sustentando que, agora, apenas a multa *vincenda* pode ser modificada, e outros apontando que essa conclusão se afigura incompatível com o inciso II do art. 537, § 1º, já que não se pode negar a modificação de multas vencidas em caso de cumprimento superveniente da obrigação ou de demonstração da justa causa para o descumprimento, hipóteses que deverão, naturalmente, ser apreciadas após a fixação da multa. Ademais, o próprio CPC admite a supressão retroativa da *astreinte*, como se vê do § 3º do artigo 537, que alude ao "trânsito em julgado da sentença *favorável à parte*", e do art. 806, § 1º, que não refere apenas as multas *vincendas*.

O STJ, já sob a vigência do novo CPC, aplicou o entendimento do repetitivo e citou expressamente: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de

² Como assinala Barbosa Moreira "não há cogitar necessariamente de proporcionalidade entre o valor de um e o de outra" (*O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 229).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

que o artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 537 do NCPC) permite ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, afastar ou alterar o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo espaço para falar em preclusão ou em ofensa à coisa julgada” (4ª Turma, AgInt no REsp 1.396.065/PE, DJe 15/02/2017). Em outro aresto, após aludir à “possibilidade de revogação das *astreintes* pelo magistrado”, o STJ afirmou que “O novo Código de Processo Civil previu expressamente essa possibilidade”, transcrevendo o art. 537 e § 1º do NCPC (cf. 4ª Turma, REsp 1.186.960/MG, DJe 05/04/2016).

Quanto à incidência por força de convenção, não basta o nome dado pelas partes para escapar aos limites legais do Código Civil, disfarçando a cláusula penal em *astreinte*. Mas, como figura instrumental que tutela o processo, o CPC admite que as *astreintes* possam resultar de título executivo, inclusive extrajudicial (cf. artigo 814). Antes, o art. 5º, § 6º, Lei de Ação Civil Pública já previa, quanto ao termo de ajustamento de conduta, que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Certo, portanto, que as cominações visam a coagir o compromissário a *cumprir a lei*, com relação a direitos fundamentais e interesses transindividuais ou individuais homogêneos, que em muitos casos extrapolam qualquer dimensão patrimonial (por exemplo, hipótese de dano ambiental). O controle judicial, em tais casos, ocorre quanto a distorções e abusos.

Por isso, apesar da controvérsia sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, todas as correntes asseveram a ínsita e forte restrição à autonomia privada, porquanto não é possível admitir concessões à ilegalidade, não é possível dispor dos interesses envolvidos, sujeitando-se o TAC à manifesta incidência do direito público. Até as correntes que aceitam a transação costumam adjetivá-la como “transação formal”, “transação híbrida”, “transação especial”...

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, há muitos anos e repetidas vezes, ao cuidar de cominações para cumprimento de termos de ajustamento de conduta, refere-se a *astreintes*.

Exatamente porque não se trata de cláusula penal, o teto do Código Civil não se aplica. Aliás, como aplicá-lo, por exemplo, nas hipóteses em que não há dimensão patrimonial equivalente? Por isso, mesmo quando a prestação é patrimonial, a indução ao cumprimento do título executivo tem natureza processual e a jurisprudência tem reiteradamente afastado a adoção de tetos imperativos, sem prejuízo do controle referido no parágrafo único do artigo 814 do Código de Processo Civil.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Com relação aos acordos homologados, o STJ já assentou que: “A transação ou conciliação homologada judicialmente equipara-se ao julgamento de mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução de obrigação, podendo o juiz aplicar multa na recalcitrância emulativa”, reconhecendo a “aplicação das *astreintes*” mesmo em hipótese não patrimonial (cf. 3ª Turma, REsp 1.481.531/SP, DJe 07/03/2017).

Por fim, a aplicação de multa cominatória contra a Fazenda Pública é em tese admitida, mas não pode ser generalizada, ou equiparada a situações em que ela é imposta ao particular. A rigor, deve ser medida excepcional, e houve tempo em que nem admitida ela era. E isto porque o administrador, em comparação com o particular, não tem a mínima opção entre cumprir ou não a ordem judicial e, de outro lado, a coação apenas tem sentido se pesar contra quem descumpra a ordem.³

Como ensina a doutrina: “Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 247 e 449, espec. p. 449), e nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as *astreintes* diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada (DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Salvador: Juspodivm, 2009. 5º Vol., p. 449).

Isso sem embargo da possível aplicação de sanção processual (multa punitiva) por ato atentatório à dignidade da justiça, contra aquele que deixar de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, ou criar embaraços à sua efetivação, nos termos do art. 77, inciso IV e §§ 1º a 5º, do CPC), sem prejuízo, é evidente, da responsabilidade civil, administrativa e penal do agente.

Em tese, nada obstará, portanto, a imposição contra quem não é parte na lide. Mas, *ex vi legis*, “aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do

³ Advertem inúmeros julgados que: “A imposição de multa cominatória só encontra sentido se for direcionada àquele que, verdadeiramente, detenha meios de dar efetividade ao comando judicial.” (TRF2, 3a Turma, AG 0029066-38.1997.4.02.0000, Rel.Des. Ricardo Perlingeiro, DJE 21.8.2001; TRF2, 5a Turma Especializada, AG 0002687-40.2009.4.02.0000, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, DJE 1.10.2012). “Em última análise, tal medida constritiva serviria apenas para onerar ainda mais a sociedade, a qual arcaria com o custo de seu pagamento.” (5ª Turma Especializada, AC 00002678020124025004, julg. 27/04/2016). No mesmo sentido, TRF2, 6a Turma Especializada, AC 0000233-63.2007.4.02.5107, DJE 28.1.2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará” (§ 6º do art. 77).⁴

Em síntese, a multa cominatória não é o único meio à disposição do juiz para buscar a satisfação do exequente, como deixa claro o CPC na enumeração exemplificativa do § 1º do artigo 536. A determinação de prazo razoável, pena de início de apurações penais e administrativas, além da aferição do ato ímprobo, são, em geral, mais adequadas ao caso do agente público relapso. Deve a multa cominatória, por conseguinte, ser utilizada como *ultima ratio*, para evitar os indisfarçáveis males de sua aplicação: acanhado poder coercitivo e oneração de futuras gestões, em detrimento de toda a sociedade.

É errado, porém, afirmar a impossibilidade de *astreintes*, alegando a incidência do artigo 100 da Constituição Federal.

Objetivos e critérios de avaliação:

A dissertação mistura tema processual com assunto do âmbito privado. Tais temas, nos livros de doutrina, não aparecem em conjunto, salvo como rápida referência. Procurou-se, com a escolha, evitar textos prontos e preparados de antemão.

Naturalmente, a questão demandou grande esforço dos concorrentes, e foi possível notar que alguns bons candidatos se perderam ao não seguir o roteiro da questão: 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. Houve uma prova (em si excelente) que obteve baixa avaliação, pois apenas falou da cláusula penal. Outras provas quase não tocaram na cláusula penal.

Há, evidentemente, variações possíveis na resposta acima delineada. A Banca procurou ponderar tudo e, de resto, a avaliação está adstrita ao comando do enunciado, no concernente aos itens a serem abordados. Ela foi dividida em quatro partes, a serem confrontadas com o espelho.

1ª Parte -

Cláusula penal e multa cominatória (*astreintes*).

Aborde: conceitos e funções. Limites legais. Incidência quando da ausência de prejuízo.

O candidato deve mencionar, de modo técnico e adequado: (i) conceitos de ambos os institutos; (ii) as funções de ambos os institutos; (iii) os limites legais de ambos os institutos; (iv) a incidência, tanto de um quanto de outro, na hipótese de ausência de prejuízo (e não

⁴ Por isso, os candidatos que sugeriram a cominação ao advogado público estão equivocados, e essa incorreta medida costuma gerar problemas com o CNJ, que já expediu recomendação sobre o assunto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

apenas de falta de prova do prejuízo). As respostas devem ser embasadas com os dispositivos legais pertinentes. Avaliação em **até 1,5**.

2ª Parte - (até 0,8)

Preceito cominatório e sua modificação: preclusão e revisão da decisão (interlocutória ou sentença) que fixa a multa cominatória.

A abordagem deve mencionar a possibilidade de modificação de ofício e através do sistema de recursos, além do tema da preclusão, tanto na fixação em sentença quanto em decisão interlocutória, especialmente à luz do artigo 537, § 1º, do CPC (avaliado em **até 0,8**).

3ª Parte - (1,0)

Contrato e fixação, em seu bojo, de multa cominatória: preceito cominatório ou cláusula penal? Termo de ajustamento de conduta e acordos homologados judicialmente: as multas aí fixadas têm natureza de cláusula penal ou de *astreintes*? Sujeitam-se a tetos imperativos?

O candidato deve mencionar: (i) a convenção pode prever *as astreintes*?; (ii) quais os tetos legais, ou eles não existem, em compromissos de ajustamento de conduta e em acordos homologados? Ainda que o candidato tenha seguido a linha de assinalar que *as astreintes* decorrem sempre de decisão judicial, ele deve abordar o problema dos limites legais das cominações. Avaliado em **até 1,0 ponto**.

4ª Parte - (0,7)

Multa cominatória contra a Fazenda Pública. (0,7)

O candidato deve mencionar as particularidades da fixação das *astreintes* em detrimento da Fazenda Pública.

1ª QUESTÃO

A pergunta foi dividida em duas partes, para efeito de avaliação, cada qual sendo aquilatada em até 0,5 pontos

1ª Parte - Pode o INPI aderir ao pedido do autor? Em caso positivo, a ação perde o objeto? **(0,5)**

O candidato deve responder positivamente à possibilidade de o INPI posicionar-se aderindo à posição do autor, embasando a resposta, necessariamente, nos artigos 173 e 175 da Lei nº 9.279/96. O candidato deve identificar, ainda que apenas através de menção rápida, a natureza da posição do INPI: a Banca considerou correta todas as referências acolhidas por alguma das correntes sobre o assunto. Assim: (i) a jurisprudência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

historicamente dominante no TRF2 considera o INPI litisconsorte passivo, ainda quando adira à posição do autor. Aponta-se que se trata, ao final, de ato administrativo praticado pela autarquia; (ii) há quem refira o INPI, sempre, como assistente especial, interveniente especial, ou interveniente *sui generis*. O STJ, embora não tenha linha firme sobre o assunto, mais recentemente referiu a posição do INPI ou como litisconsorte passivo (quando há vício do processo administrativo) ou como interveniente *sui generis* (REsp 1264644 / RS Relator Ministro Luis Felipe Salomão 4ª TURMA DJe 09/08/2016).

A Banca prefere ver o INPI, ao posicionar-se ao lado do autor, como assistente litisconsorcial, à luz da disciplina dos artigos 173/175 da Lei nº 9.279/96. Essa linha se casa com o sistema de várias outras leis pátrias: Lei nº 4.717, art. 6º, § 3º, Lei nº 7.347, art. 5º, § 2º, e Lei 8.429, art. 17, § 3º, e resolve de modo satisfatório os temas correlatos, como a competência da Justiça Federal⁵, a questão dos honorários, a legitimidade para recorrer e o tema do duplo grau.

Quanto à parte final do indagado, a ação deve prosseguir, pois há, em jogo, posição jurídica da outra ré, que não pode ser desconstituída por mero ato de vontade da autarquia. Mesmo que a questão não tivesse sido submetida ao Judiciário, o processo administrativo para a decretação da nulidade da marca deve observar o prazo decadencial e o contraditório (art. 168/172 da lei nº 9.279).

2ª Parte (0,5) - Se a causa da nulidade reside em ser a autora titular de marca anterior, imitada pela ré, é adequado o cúmulo, no bojo da ação de nulidade, de pedido indenizatório contra tal ré, pelo prejuízo causado?

É inadequada a cumulação. A competência da Justiça Federal é indicada pela Lei Maior (art. 109, I) e a admissibilidade da cumulação exige, entre outros pressupostos processuais, a necessidade de que o órgão jurisdicional seja competente para julgar todos os pedidos formulados cumulativamente (art. 327, § 1º, II, do CPC). A competência da Justiça Federal não pode ser ampliada pela conexão. Trata-se de competência absoluta, e é a competência relativa aquela apta a modificar-se pela conexão (art. 54 do CPC).

Há, aqui também, alguns julgados contraditórios sobre o tema, e aquilatou-se o conhecimento do candidato em torno do assunto.

É equivocado afirmar, entretanto, que o óbice à cumulação está na incompatibilidade de ritos.

Observações gerais:

- 1- A resposta correta, sem menção aos dispositivos legais específicos, retirava metade da questão. Assim, quanto aos dois itens, resposta adequada em sua fundamentação,

⁵ A competência da Justiça Federal, no caso, não pode decorrer apenas do artigo 175 da Lei nº 9.279/96, pois o legislador ordinário não pode ampliar as hipóteses constitucionais. A hipótese constitucional exige que a autarquia (INPI) seja autora, ré, assistente ou opoente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

- mas sem menção a dispositivos legais, atingiu o grau 0,5, pois a questão valia 1,0. A resposta adequada quanto a um dos itens, mas sem embasamento legal, atingiu 0,25.
- 2- Entre os erros comuns, muitos candidatos repetiram a dicção do artigo 175 da Lei nº 9.279/96 e falaram na competência do *foro* da Justiça Federal, quando não se trata de competência de foro.
 - 3- A resposta sem fundamentação valia 0,05 por item. O expediente de justificar respondendo sim ou não e, após, dizendo apenas “conforme decisões do TRF2 e do STJ”, ou “conforme recente julgado do STJ”, ou “conforme recentes julgados” não foi considerado. Ele foi usado em todos os sentidos, para justificar os sins, os não e até os talvez.

2ª QUESTÃO

Chave de correção:

Compatibilidade com o sistema brasileiro - demonstração de conhecimento sobre o instituto da modulação dos efeitos e sua previsão nas leis 9.868/99 e 9.882/99. Menção a seus requisitos (verificação de *quorum* de 2/3 e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social) e a sua relação com a teoria da nulidade das leis inconstitucionais. Referência à aplicabilidade tanto ao controle abstrato quanto ao controle concreto de constitucionalidade, concluindo pela sua compatibilidade com o sistema pátrio de controle de constitucionalidade: **0,3 pontos**

Momento adequado para seu reconhecimento: a modulação pode ser aplicada enquanto ainda não transitado em julgado o acórdão, sendo certo que a jurisprudência do STF reconhece, quando a Corte não tenha apreciado a incidência ou não da modulação quando do julgamento do mérito da questão constitucional, a possibilidade de a matéria ser suscitada também via embargos de declaração: **0,2 pontos**

Legitimidade: considerando a omissão legal em definir a legitimidade específica para a provocação da questão de modulação, ela poderá ser suscitada *ex officio* tanto pelo Relator quanto por qualquer outro julgador (seja do STF, seja das demais instancias), assim como pelos demais atores da relação processual, como o Ministério Público, a AGU e eventuais *amici curiae*. **0,2 pontos**

Aplicabilidade às leis que instituem ou majoram tributos: considerando que as leis que instituem ou majoram tributos podem em tese acarretar questões de insegurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderão elas, em tese, sofrer modulação. Essa modulação, todavia, deve ser excepcionalíssima, na medida em que a conduta de permanente modulação de inconstitucionalidade de leis que instituem tributos por mero argumento de "prejuízo ao Erário" termina por incentivar a produção de leis inconstitucionais e premiar o Estado por sua própria torpeza, gerando enriquecimento estatal às custas do sacrifício de direitos fundamentais do contribuinte. Ademais, o juiz deve ser imparcial em suas decisões, sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

pendar para mera preocupação com eventuais prejuízos de seus julgados aos cofres públicos.
0,3 pontos

3ª QUESTÃO

Aspecto 1) ação anulatória de débito fiscal **0,2**

Aspecto 2) mandado de segurança **0,2**

2.1) abordagem, conjunta, da questão do prazo de 120 dias para impetração e a necessidade de direito que não exija dilação probatória **0,1**

Aspecto 3) obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa com decisão favorável, inclusive liminarmente, em uma das medidas judiciais mencionadas nos itens anteriores:

- com garantia integral do débito (art. 151, II do CTN) **0,1**
- Liminar em MS (art. 151, IV do CTN) **0,1**
- Tutela na anulatória (art. 151, V do CTN) **0,1**

Aspecto 4) obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, ainda que não queira discutir o mérito do lançamento, através do oferecimento de garantia (cautelar) com o fim específico de obter a certidão enquanto a execução fiscal não for ajuizada. **0,1**

Aspecto 5) a questão da ação cautelar após as alterações do novo CPC **0,1**

4ª QUESTÃO

A resposta abaixo considera padrão ideal, evidentemente não atingido pelos candidatos, em face da limitação de tempo. Na prática, a resposta poderia ser mais direta e cada item foi avaliado em **até 0,2**.

4ª questão - *Diversos entes federados têm encontrado sérias dificuldades para realizar o pagamento dos gastos de pessoal. O ordenamento jurídico veicula mecanismos que buscam limitar esta espécie de despesas, de modo a evitar o agravamento do desequilíbrio fiscal. Acerca desses mecanismos, responda aos itens abaixo:*

a) identifique e conceitue o tipo de receita tomada como parâmetro para o cálculo do limite com despesas de pessoal, bem como identifique o percentual de limites globais para cada ente federado (União, Estados e Municípios).

Gabarito: O tipo de receita tomada como parâmetro para o cálculo do limite com despesas de pessoal é a receita corrente líquida (art. 19, caput, LRF). Seu conceito encontra-se no art. 2º,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

inc. IV, da LRF: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, com as deduções previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso IV (transferências constitucionais e legais entre os entes federados e certas contribuições sociais). O percentual de limites globais para cada ente federado é de 50% da receita corrente líquida para União, e de 60% da receita corrente líquida para Estados e Municípios (art. 19, inc. I, II e III, LRF).

b) discorra sobre as espécies de gastos que entram no cômputo da despesa total com pessoal de cada ente da Federação, bem como sobre a possibilidade de cômputo dos contratos de terceirização de mão de obra em tal limite.

Gabarito: As espécies de gastos que entram no cômputo da despesa total com pessoal de cada ente são as espécies remuneratórias em sentido amplo, tais como os gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência (art. 18, caput, LRF). Os contratos de terceirização de mão de obra devem ser computados neste limite desde que se refiram à atividade-fim do órgão ou ente, com a substituição de servidores e empregados públicos (art. 18, §1º, LRF), independentemente da legalidade ou validade destes contratos. Contudo, em relação às atividades-meio (tais como a conservação, limpeza, segurança, vigilância), não haverá o cômputo.

c) conceitue o chamado "limite prudencial de despesa com pessoal", bem como enumere as consequências de este limite prudencial ser ultrapassado.

Gabarito: O limite prudencial de despesa com pessoal, no montante de 95% do limite máximo de gastos com pessoal (art. 22, parágrafo único, LRF), constitui mecanismo – dotado de efeito acautelatório e preventivo – que atua como uma espécie de “sinal de perigo”, não apenas para alertar o poder público da aproximação dos limites máximos, mas, principalmente, por impor ao gestor restrições de gastos que evitem seu atingimento. Caso este limite prudencial seja ultrapassado, são vedados ao Poder ou órgão que houver incorrido no excesso os atos de aumento de despesa de pessoal previstos nos incisos I a V do referido parágrafo único: I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; II - criação de cargo, emprego ou função; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

d) aponte as sanções previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal para o ente que ultrapassar o limite de gastos com pessoal.

Gabarito: As sanções previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal para o ente que ultrapassar o limite de gastos com pessoal são as de não poder: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. (art. 23, §3º, incisos I, II e III, LRF).

e) analise a possibilidade de redução temporária da jornada de trabalho de cargo ou função pública com adequação dos vencimentos à nova carga horária como mecanismo de limite de despesas de pessoal.

Gabarito: Embora tal possibilidade esteja prevista no art. 23, §2º da LRF, esse dispositivo encontra-se com eficácia suspensa por força de medida cautelar concedida pelo STF na ADI 2.238-5. O principal fundamento desta decisão do STF foi a irredutibilidade da remuneração dos ocupantes de cargos e empregos públicos (art. 37, XV, CRFB 88). Assim, até o presente momento, isto não é possível.

Também se considera correta a resposta que, tendo identificado a concessão da medida cautelar na ADI 2.238-5, fez uma crítica a esta decisão, por não ser ainda definitiva, ponderando ser medida menos drástica a redução da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária em comparação com a extinção de cargos e funções prevista no art. 169, §§ 3º e 4º da Constituição.

5ª QUESTÃO

Chave de resposta –

QUESTÃO - Determinado ente público celebra contrato de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, cujo objeto é a construção, gestão, operação e manutenção de unidades penitenciárias.

O Ministério Público ingressa com ação judicial questionando a validade de duas cláusulas contratuais.

A primeira cláusula autoriza a rescisão do contrato por iniciativa do concessionário, no caso de reiterado descumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Concedente, podendo o concessionário interromper os serviços desde que autorizado por decisão liminar em ação judicial intentada para esta finalidade.

Argumenta o parquet que, a despeito de existir, na Lei nº 11.079/04, lacuna normativa acerca das hipóteses de extinção de parceria público-privada, a referida cláusula viola o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

A segunda cláusula autoriza que o Poder Concedente contrate serviço técnico de um Verificador Independente, a fim de auxiliá-lo no acompanhamento e fiscalização das obrigações do concessionário e no monitoramento permanente do processo de aferição do desempenho do concessionário. Com fundamento no relatório apresentado pelo Verificador Independente é que são feitos os pagamentos por parte do Poder Concedente.

Argumenta o Parquet que a cláusula viola expressamente o disposto no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, que estabelece como diretriz das parcerias público-privadas a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Procedem os pleitos do Ministério Público? E a fundamentação invocada?

Resposta breve -

Serviços somente podem ser interrompidos após o trânsito em julgado em ação judicial intentada pelo concessionário no caso de descumprimento das obrigações do Poder Concedente. Aplicação do artigo 39 da Lei nº 8.987/95, em razão do disposto no artigo 3º, da Lei nº 11.079/04 **(0,4 pontos)**

A ideia reitora específica, a fundamentar a linha citada, é o princípio da continuidade dos serviços públicos **(0,2 pontos)**

Não há delegação do exercício de poder de polícia. Mera atividade de apoio e auxílio ao acompanhamento e fiscalização do contrato. Ausência de violação ao artigo 4º, III, da Lei nº 11.079/04 **(0,4 pontos)**

6ª QUESTÃO

Introdução e objetivo da indagação

A questão confronta o candidato com frase paradoxal e propõe debate sobre a justiça em decisões judiciais. Pede-se ao candidato que analise reflexão aparentemente contraditória, respondendo se o juiz justo produz injustiça e se o juiz que se crê injusto produz justiça.

Ao buscar breve articulado em torno da correlação da atividade judicante com tema central da filosofia (a justiça), a pergunta procura desmontar respostas prontas e de antemão elaboradas. Assim, o seu centro é discutir o tema a partir da provocação extraída de Pascal. Basta ler o indagado.

Boa parte dos candidatos, no entanto, não referiu a provocação e simplesmente apresentou texto sobre o significado e sobre a variada acepção e concepção do vocábulo *justiça*. Há textos bons, mas, com certeza, todos os que se limitaram a esse aspecto fugiram ao enunciado e ao intuito da questão.

A avaliação seguiu duas linhas objetivas:

- 1) A resposta explícita à provocação foi avaliada em até 0,5 pontos. O candidato que se afastou da pergunta, omitiu tal aspecto e apenas apresentou texto sobre a justiça em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

decisões judiciais alcançou, no máximo, 0,5 pontos. Também assim se procedeu com alguns candidatos que disseram algo como “*o citado pensamento merece reflexão*”, ou “*a frase de Pascal merece reflexão*” e, depois, sem qualquer referência explícita à provocação, simplesmente apresentaram texto sobre a acepção da palavra Justiça.

- 2) Além da resposta à provocação, o candidato deveria articular algo sobre a justiça em decisões judiciais, e esse item foi avaliado também em até 0,5 pontos.

Aspectos da avaliação:

A frase provocativa pode ser analisada por dois ângulos principais: (i) o autoengano, seja enfocando a incapacidade humana de distinguir certos aspectos do mundo exterior, seja enfocando a falibilidade de nossas percepções subjetivas.

(ii) a asserção de que a qualidade de ser justo ou ser injusto não pode ser julgada pelo próprio interessado, de modo que o importante é verificar se a decisão é correta ou não.

É possível adaptar o desafio lançado no enunciado para vários outros campos. Alguém pode dizer: “*há duas espécies de médicos: os grandes, que se julgam menores, e os menores, que se julgam grandes*”.

Naturalmente, trata-se apenas de repto, e ninguém – seriamente – dirá inexistente o grande médico que se julgue bom. Mas a asserção provoca refletir sobre o autoengano e sobre o aferir se a atuação do médico é ou não adequada. Não se trata e não pode se tratar de julgamento subjetivo, muito menos de julgamento do próprio médico.

No campo da atividade jurisdicional, o paradoxo proposto soa ainda mais forte, já que a palavra Justiça é usada para designar o Poder Judiciário.

Entra em cena, portanto, o segundo aspecto da questão, o fazer justiça em decisões judiciais. O candidato poderia adotar qualquer linha jurídico-filosófica, desde que, obviamente, centrada na aplicação das normas legais. Não havia necessidade de citar qualquer autor, ou de mostrar erudição com texto pronto sobre o assunto.

Tal como na adaptação acima citada, o médico não será bom por se achar bom. O cientista não será bom por se achar bom: ao aplicar método científico ele tem instrumento para contornar o autoengano e a percepção limitada de nossos sentidos.

O julgador, por seu turno, deve aplicar as normas legais e justificar como o fez (fundamentação, ou argumentação, à luz do contraditório, demonstrando que todos em igual situação terão igual solução).

Observações gerais:

- 1) É equivocado dizer que a ideia de Pascal está ultrapassada, ou precisa ser oxigenada à luz do *neoconstitucionalismo*, como fizeram quatro ou cinco candidatos: não se expôs qualquer concepção filosófica de Pascal. Apenas se adaptou, para o Judiciário, paradoxo por ele lançado.
- 2) Vários candidatos, quase uma centena, apresentaram textos parecidos, começando pela multiplicidade de sentidos do termo Justiça, referindo os antigos (especialmente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

ESPELHO DA PROVA DISCURSIVA

Aristóteles), passando por Kant e chegando a Rawls e Ronald Dworkin. A maior parte de tais textos fugiu ao enunciado proposto.

- 3) Embora de pouca relevância para a avaliação, erro comum, em vários textos, foi ligar o nazismo ao positivismo (ideia com certa circulação). Porém, a filosofia jurídica nazista (como a dos vários fascismos) pregava o direito imbuído de e ligado à moral (já se vê, portanto, o mal do subjetivismo). Por outro lado, tanto a ascensão do fascismo, na Itália, quanto a do nazismo, na Alemanha, estiveram ligados a golpes e desvios contra a legalidade. Hans Kelsen, que exercia cátedra, na Alemanha, quando da ascensão de Hitler, esteve na primeira leva dos demitidos, ainda em 1933, mudando-se para Genebra e daí para os Estados Unidos. A posterior crítica de Gustav Radbruch, por seu turno, não pregava que a norma injusta não devia ser cumprida, mas sim que a norma extremamente injusta não era direito (algo importante, quando muitos alegavam, como defesa, que apenas cumpriram ordens).