

**ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Procuradoria-Geral do Estado

XII Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso no cargo inicial da carreira de Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

PROVAS ESCRITAS (TEÓRICAS E PRÁTICAS)**GRUPO I – DIREITO CONSTITUCIONAL, AMBIENTAL E SEGURIDADE SOCIAL**

01 – Discorra, justificadamente, sobre a possibilidade ou não do STF, em julgamento de reclamação, reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de decisão anterior proferida em sede de ADI.

A questão deve ser respondida em no máximo 30 linhas com caligrafia legível. A clareza do argumento e o uso correto do vernáculo serão considerados na correção. O excesso de linhas e termos ilegíveis retirarão pontos do candidato. (2,5 pontos)

Espelho de correção

Espera-se que a candidata reconheça a distinção entre a possibilidade do STF rever seu posicionamento em ADI julgada procedente e ADI julgada improcedente.

Espera-se que o candidato demonstre saber que o STF afirmou que a reclamação é *locus* apropriado para o reconhecimento da mutação constitucional e da inconstitucionalização de normas.

A candidata deve evidenciar o conhecimento de que o STF estabeleceu como requisitos para o reconhecimento acima referido: a) a ocorrência de mudança do conteúdo da constituição ou da norma objeto do controle, ou; b) a ocorrência de mudança substancial das relações sociais ou da concepção jurídica geral.

O candidato deve demonstrar que a própria Suprema Corte se mostrou preocupada com a segurança jurídica e com a coisa julgada, asseverando, contudo, que toda sentença judicial contém a cláusula *rebus sic stantibus*.

Finalmente a candidata deve desenvolver a ideia de que o processo interpretativo das normas constitucionais está em constante evolução. Não basta a mera alusão aos detalhes fáticos da Reclamação nº 4.374 ou a menção da expressão “balançar dos olhos” devendo a mesma desenvolver a ideia juridicamente.

02 – Na petição inicial da ADI nº 4.650, o Conselho Federal da OAB argumenta que: “...a solução que se pretende nesta ADI para enfrentamento da grave patologia constitucional acima apontada envolve o diálogo interinstitucional entre o STF e o Congresso Nacional...”.

Discorra sobre as teorias do diálogo (ou diálogos interinstitucionais, institucionais ou constitucionais) e o papel de Cortes Constitucionais na proteção de direitos e princípios constitucionais. Além de outros aspectos que o candidato entender pertinentes, devem ser abordados os seguintes: i) última palavra judicial vs. última palavra legislativa e vantagens respectivas, e; ii) rodadas interpretativas.

A questão deve ser respondida em no máximo 30 linhas com caligrafia legível. A clareza do argumento e o uso correto do vernáculo serão considerados na correção. O excesso de linhas e termos ilegíveis serão desconsiderados. (2,5 pontos)

Espelho de correção

A questão pretende avaliar se o candidato percebe algumas das nuances da interpretação constitucional empreendida tanto pelo STF quanto pelo Legislativo. A atuação do Procurador do Estado ora em prol, ora contra diplomas normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade depende do conhecimento dos argumentos que podem ser manuseados na defesa ou ataque de tais diplomas.

A visão convencional sugere que cabe ao STF a última palavra sobre o que significa a Constituição. Entretanto, muitas vezes não há última palavra sobre temas politicamente ou moralmente carregados. Decisões judiciais podem estar em descompasso com a opinião de boa parte da sociedade em questões morais. É legítimo criticar decisões judiciais.

Ministros de cortes constitucionais são humanos e inexoravelmente falíveis e sujeitos às suas idiossincrasias. Cortes constitucionais têm como missão proteger direitos e garantias fundamentais, mas estas podem atuar contra tais direitos e garantias. O legislativo não é *a priori* um agente contrário a tais garantias e direitos. O candidato deve abordar os pontos acima articulados.

Com relação as rodadas interpretativas espera-se que a candidata desenvolva argumento que de alguma forma transmita a ideia de que todo o processo judicial tem que ter um fim, mas a interpretação constitucional não se encerra com o término do processo. Chega-se ao fim de uma rodada na interpretação. Muito mais prudente é enxergar a atuação de cortes constitucionais e legislativos como momentos de um permanente diálogo onde as instituições tem a possibilidade de se ouvirem e considerarem seus argumentos.

Exemplos de argumentos em prol da última palavra judicial que podem ser suscitados pelo candidato (não é necessário mencionar todos): i) As cortes protegem as pré-condições da democracia; ii) As cortes protegem os direitos das minorias e impedem a tirania da maioria; iii) A decisão da Corte pode ser rejeitada por Emenda Constitucional ou nova Constituição; iv) Supremacia Judicial é exigência do Estado de Direito; v) A Corte é um agente externo imparcial; vi) A Corte é um veto inerente à dinâmica da separação de poderes; vii) A Corte analisa o caso concreto e o submete

a uma racionalidade incremental; viii) A Corte é menos falível em questões de princípios e está mais próxima da resposta certa; ix) O legislativo não é necessariamente a encarnação da democracia; x) A regra da maioria não é tão racional assim, e; xi) O mundo não é bipartido entre maioria e minoria.

Exemplos de argumentos em prol da última palavra legislativa que podem ser suscitados pelo candidato (não é necessário mencionar todos): i) O legislativo é mais representativo; ii) O processo de composição do legislativo representativo estrutura a competição política; iii) O legislativo representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta; iv) A atividade do legislativo estimula o compromisso, a acomodação de diferenças extremas e a não polarização; v) Risco antidemocrático das críticas antiparlamento; vi) Regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que responde o princípio moral da igualdade; vii) Regra da maioria limita o poder; viii) Decisões sobre justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências; ix) Quem está fora da política não protege as precondições da democracia; x) Moralmente questionável e empiricamente falsa a alegação de que Cortes protegem os direitos das minorias; xi) Cortes Constitucionais não são emissárias do poder constituinte, sendo agente político que faz escolhas morais controversas; xii) A dificuldade de rever uma decisão da Corte Constitucional não se justifica; xiii) Não há correlação necessária entre Estado de Direito e Cortes Constitucionais; xiv) A Corte não é imparcial e não está fora da política; xv) A Corte é falível em questões de princípio; xvi) Juízes não representam ninguém; xvii) A Corte não é instituição educativa, nem promove um debate público melhor, e; xviii) A Corte integra um sistema democrático mas não deve ter a última palavra.

03 – O Secretário de Justiça e Segurança Pública do Estado enviou consulta urgente à Procuradoria Geral do Estado. A autoridade consulente reporta que 10 presos ligados a movimento social que defende a causa indígena no Estado iniciaram greve de fome em protesto contra ações governamentais que, no entender deles, violam a Lei Fundamental e a visão de mundo por eles defendida. A autoridade consulente solicita orientação jurídica acerca de como proceder considerando seus deveres constitucionais e os possíveis desdobramentos da continuidade da greve. Apresente os argumentos com os quais responderia a consulta, explicitando a orientação jurídica que formularia. Não é necessário estruturar a resposta como parecer. A questão deve ser respondida em no máximo 30 linhas com caligrafia legível. A clareza do argumento e o uso correto do vernáculo serão considerados na correção. O excesso de linhas e termos ilegíveis serão desconsiderados. (2,5 pontos)

Espelho de correção

A questão envolve o conflito entre direitos e garantias fundamentais e deveres estatais. Espera-se do candidato o reconhecimento de tal conflito e a indicação dos direitos e garantias fundamentais e deveres estatais em eventual colisão.

Na sequência espera-se da candidata que ela indique a técnica jurídica apropriada para a resolução da referida colisão, a saber: a proporcionalidade ou ponderação (o termo também será aceito) e indicação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, explicando-os.

É relevante que a candidata afirme que o resultado prático a ser alcançado pelo intérprete não pode implicar no aniquilamento de eventual direito, garantia ou dever sendo ponderado.

Espera-se que o candidato afirme que o Estado deve manter o fornecimento de alimentação aos grevistas, mantendo-os sob supervisão médica ou psicológica ou social.

Por fim, espera-se que o candidato sugira que se respeite a liberdade de consciência até o momento em que os grevistas percam a consciência, promovendo-se a alimentação dos mesmos a partir de então.

04 – Após a realização da Audiência Pública nº 4, no ano de 2009, onde, por vários dias, se discutiu no Supremo Tribunal Federal a questão da judicialização da saúde no Brasil, no julgamento da STA nº 175-CE, o STF propôs parâmetros norteadores das decisões judiciais em ações de saúde. Diga o candidato quais seriam esse parâmetros, discorrendo resumidamente acerca de cada um.

A questão deve ser respondida em no máximo 30 linhas com caligrafia legível. A clareza do argumento e o uso correto do vernáculo serão considerados na correção. O excesso de linhas e termos ilegíveis serão desconsiderados. (2,5 pontos)

Espelho de correção

Na STA 175 o STF estabeleceu os seguintes parâmetros:

Existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte;

Se existe a política o judiciário não está criando nada.

Se não existe a política.

Há omissão legislativa ou administrativa? Há uma decisão administrativa de não fornecê-la?

Existe vedação legal a sua dispensação? Remédio sem registro na ANVISA.

Existe motivo para o SUS não fornecer determinada ação de saúde?

O SUS se filia à corrente da medicina baseada em evidências. Medicamentos ou tratamentos em desconformidade com o protocolo devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar um consenso científico vigente.

O SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente. Em regra deve ser privilegiado o tratamento oferecido pelo SUS. Tratamentos puramente experimentais são distintos dos novos tratamentos.

É indispensável a devida instrução processual, com ampla produção de provas.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Procuradoria-Geral do Estado

XII Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso no cargo inicial
da carreira de Procurador
do Estado de Mato Grosso do Sul

PROVAS ESCRITAS (TEÓRICAS E PRÁTICAS)

GRUPO II – DIREITO ADMINISTRATIVO E LEGISLAÇÃO INSTITUCIONAL

01 – O Estado de Mato Grosso do Sul, em razão da conformação de nossa República, é autônomo no plano federativo, assim, não se submete ao “poder de polícia” da União, nem, pelo mesmo fundamento, ao do Município; sob pena de transgressão direta ao pacto federativo.

Quanto à abrangência subjetiva do “poder de polícia”, a afirmação acima, em sua ótica, está correta? Fundamente sua resposta. (2,0 pontos)

(máximo de 20 linhas).

RESPOSTA:

“A existência, no Estado Federal, de um poder central e de poderes periféricos, que devem funcionar autônoma, mas concomitantemente, conduz necessariamente a que haja arranjo federativo em esquema de repartição de competências entre todo e as partes”.¹ É essa *ratio* do pacto federativo. Dessa forma, dentro do âmbito da competência estabelecida, constitucionalmente delimitada, o ente federado possui plena atribuição de instituir e exercer instrumentos de efetivação dessa competência.

Por sua vez, a abrangência subjetiva do poder de polícia consiste na sujeição de ser o agente sobre o qual o exercício desse poder-dever pode ser realizado, não havendo óbice, portanto, de que seja frente à administração pública direta, à administração pública indireta e a particulares, desde que constitucionalmente respaldado.

Dentro dessa análise, quanto ao poder de polícia, [...] “a lei municipal que fixe condições para que uma construção seja licenciada vincula tanto particular quanto a União Federal [...] As normas de vigilância sanitária da ANVISA obrigam tanto um restaurante particular quanto o ‘bandejão’ de uma universidade estadual [...] A fiscalização do Corpo de

¹ “In” *Comentários à Constituição do Brasil*. SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Luiz Lênio & MENDES, Gilmar Ferreira, 2014, p.111.

Bombeiros Estadual pode ser realizada em um condomínio privado ou no prédio da Receita Federal [...]”². Esse exercício do poder de polícia, portanto, é conforme a Constituição Federal e, em última análise, prestigiam o pacto federativo.

Nesta ótica, a afirmação feita no enunciado é falsa.

02 – O Estado X celebrou contrato com a sociedade empresária M sem licitação, com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, para compra de uniformes para a Polícia Militar. De acordo com o contrato, a entrega deveria ser feita em oito lotes mensais.

Ocorre que, três meses depois do início da execução do contrato, a autoridade competente, após assegurar à sociedade empresária contratada o direito ao contraditório e a ampla defesa, anulou o contrato diante da ilegalidade da contratação direta por não ser caso de inexigibilidade de licitação.

Na data da anulação a contratada já havia entregue três lotes do contrato, mas recebido o pagamento, apenas, do primeiro lote.

Diante dessa situação fática responda as seguintes indagações indicando as regras e princípios que a fundamentam: (2,5 pontos)

(máximo de 20 linhas por item)

a) Se o contratado agiu de boa-fé, há algum pagamento que lhe seja devido em razão da anulação do contrato e, em caso afirmativo, o que deverá ser pago?

b) Se comprovado que o contratado agiu de má-fé, contribuindo para a anulação do contrato, há algum pagamento que lhe seja devido e, em caso afirmativo, o que deverá ser pago?

RESPOSTA:

Apesar da anulação do contrato produzir efeitos retroativos, isso não afasta o dever do Estado adimplir as parcelas do contrato já executadas pelo contratado, conforme dispõe o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Esse direito do contratado de boa-fé receber pelos serviços que já prestou também está amparado na presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos, que geram para o contratado a legítima confiança de que o contrato foi celebrado em conformidade com o ordenamento jurídico.

² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*, 2009, p. 347.

Ressalte-se, ainda, que a eventual recusa em adimplir as parcelas do contrato já executadas daria causa ao enriquecimento ilícito do Estado.

Portanto, o contratado tem direito de receber o valor integral das duas parcelas executadas e ainda não quitadas pelo Estado X.

Além disso, estando o contratado de boa-fé, este tem direito de ser indenizado por todos os prejuízos que suportar em razão da anulação do contrato, desde que devidamente comprovados, conforme disposto na parte final do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93.

Porém, ainda que a contratada tenha agido de má-fé, contribuindo para a nulidade do contrato, o Estado X tem o dever de ressarcir a ela o exato valor do proveito econômico que experimentou com a execução da avença, diante da proibição de enriquecimento sem causa e de confisco.

No entanto, não é assegurado à contratada o recebimento da margem de lucro embutida no preço, tampouco da indenização por prejuízos decorrentes da anulação do contrato, ainda que devidamente comprovados, para não permitir que esta se beneficie de sua própria torpeza, isto tudo, conforme jurisprudência majoritária no STJ.

Todavia, o STJ em recente jurisprudência decidiu que em hipótese de dispensa de licitação, na contratação de advogado por notória especialização jurídica, não é devida nenhuma indenização, mesmo do serviço prestado, haja vista contribuição para a ilegalidade do contrato e a vedação de proveito da própria torpeza.

03 - O Estado de Mato Grosso do Sul, sustentado em razões fáticas e jurídicas existentes naquele momento, determinantes e adequadas para a solução dada, expede ato administrativo de remoção do Sr. José Particular da Silva, sem, contudo, expor formalmente tais motivos de fato e de direito.

O Sr. José Particular da Silva procura advogado que impetra mandado de segurança, cujas razões de pedir estribam-se unicamente na ausência de motivação do ato administrativo, argumentando ser absolutamente nulo por desrespeito à necessidade intransponível de motivação dos atos administrativos.

Diante do caso exposto, atentando-se para a falta do requisito “motivação” previamente à expedição do ato, responda: (2,0 pontos)

a) Com a judicialização do caso pelo interessado, existe controvérsia na doutrina sobre a adoção de medida sanatória pela Administração Pública?

(máximo de 15 linhas)

RESPOSTA “A”:

Parte da doutrina entende não ser possível a expedição de medida sanatória após a impugnação judicial ou administrativa do ato administrativo.

Isso porque, se assim fosse possível, tornaria “inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegais dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica”³. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁴ que concebe como “limitação” a impugnação pelo interessado.

Por outro lado, parte da doutrina não vislumbra qualquer impedimento à convalidação após eventual impugnação, judicial ou administrativa, pelo interessado, por justamente não entender razoável atribuir à impugnação o poder de fazer decair instantaneamente o dever da Administração de convalidar um vício passível de sanatória.⁵

b) Você, Procurador do Estado, com fulcro na jurisprudência, o que alegaria em sede de informações a serem prestadas em juízo para a defesa do ato? (Não é necessário que se faça a peça processual, mas apenas apresente, argumentativamente, a tese jurídica que entende idônea).

(máximo de 25 linhas)

RESPOSTA “B”:

Em sede de informações, como os motivos fáticos e jurídicos extemporaneamente alegados preexistiam, além de idôneos e determinantes para justificar o ato administrativo expedido; não há “ausência de motivação do ato”, mas apresentação *a posteriori* desse requisito.

A rigor, seria semelhante ao que a doutrina chama de “ato administrativo incompleto quanto ao motivo”⁶ porquanto “não apresenta integralmente explicitadas as razões de fato [...] que o suportam, embora possam considerar-se que eles estejam de algum modo nele implícitas, assim como os motivos [...] deficientemente expressados”.

³ MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 442.

⁴ “In” *Manual de Direito Administrativo*, 2012.

⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*, 2009, p. 462.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 2014 p. 165.

Dessa forma, não seria a hipótese de “não motivação”, “motivação desnecessária em razão da natureza do ato administrativo” ou mera distinção doutrinária entre “motivo” e “motivação”; mas sim de uma motivação posterior à expedição do ato.

Ademais, essa medida é plenamente aceitável pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos de sua jurisprudência (AgRg no RMS 40.427-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2013 - Informativo nº 0529), cuja tese endossa, inclusive, a motivação em sede informações em mandado de segurança.

Dessa forma, tendo em vista essa concorrência de fatores (os motivos preexistiam, além de serem idôneos e determinantes para a expedição do ato), as informações deveriam apresentar tal tese, noticiando que a motivação ali realizada convalidava o ato, e com efeito *ex tunc*.

04 - Secretário de Estado consulta a Procuradoria Geral do Estado (PGE/MS) sobre a legalidade de pagamento de contraprestação pecuniária por aulas ministradas na Escola de Saúde Pública (ESP), à servidora, ocupante do cargo de médico e nomeada em cargo em comissão de Direção.

Indaga o consulente sobre a possibilidade de realizar esse pagamento porque a servidora, no cargo em comissão, recebe verba pecuniária de dedicação exclusiva e as referidas aulas foram ministradas durante o expediente de trabalho.

Constam nos autos:

- a) que a servidora é convidada a ministrar aulas na ESP sem vínculo empregatício;
- b) que existe decreto regulamentando o pagamento de horas-aula para instrutores que possuem cargo ou emprego público no Estado e também prevendo termo de compensação de jornada;
- c) que a ESP é uma unidade de ensino da Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul com o objetivo de executar as ações de desenvolvimento de Recursos Humanos para o Sistema Único de Saúde (SUS) e que não possui quadro docente próprio.

Diante dessa consulta, elabore, como Procurador do Estado, a fundamentação jurídica e a conclusão para orientação à autoridade consulente. (3,5 pontos)

(máximo de 40 linhas)

RESPOSTA: O candidato deverá elaborar a fundamentação jurídica de sua manifestação ou parecer de forma a observar grafia correta e desenvolvimento de idéias com clareza e coerência.

Nas razões jurídicas deverão constar os seguintes pontos:

No regime de dedicação exclusiva é vedado exercer cumulativamente outro cargo ou função pública ou atividade particular de caráter empregatício profissional, porém, é possível a realização de atividades esporádicas, sem vínculo empregatício, para a difusão de ideias e conhecimentos, sem prejuízo das atividades do cargo e sem prejuízo do horário de trabalho. Podendo ser remuneradas ou não. No entanto, tem que haver autorização da autoridade hierárquica superior para que não haja prejuízo ao serviço.

É possível o pagamento das horas aulas porque as atribuições do cargo de diretora não compreendem a de ministrar aula na ESP. e porque as aulas ministradas não foram executadas em regime empregatício e não tem caráter permanente.

O fato de terem sido realizadas no horário de trabalho não impede o pagamento, porque há previsão expressa possibilitando compensação de horas, quando estas ocorrem no horário de expediente.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Procuradoria-Geral do Estado

XII Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso no cargo inicial da carreira de Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

PROVAS ESCRITAS (TEÓRICAS E PRÁTICAS)

GRUPO III – DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL

01 – Levando em consideração o princípio da não-cumulatividade, fora dirigida à Procuradoria-Geral do Estado uma consulta por parte da Administração Pública com as seguintes indagações:

a) Lei estadual pode estabelecer critérios não previstos na Constituição Federal para o aproveitamento de créditos? (0,5)

O candidato deveria destacar que:

- Com relação ao primado da não-cumulatividade, como forma de assegurar a uniformização e a harmonia de tratamento, o art. 155, § 2º, XII, da CF, elegeu a lei complementar como veículo introdutor de determinadas normas jurídicas tributárias para disciplinamento do regime de compensação do imposto ICMS, por entender o constituinte ser esse tema merecedor de maior vigilância.

- A Lei Complementar n. 87/1996, em seu art. 23, prevê como requisito indispensável para aproveitamento do crédito de ICMS da operação anterior que esse esteja vertido em nota fiscal idônea. Ou seja, somente por meio de documento assim qualificado haverá a certificação da ocorrência do fato que dá ensejo à apuração do crédito.

- A Constituição Federal prevê como exceções ao princípio da não-cumulatividade no ICMS a isenção e a não-incidência, que acarretam a anulação do crédito relativo às operações anteriores e não implicam crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes (artigo 155, § 2º, II, “a” e “b”).

- Assim, tem-se que a lei estadual somente poderá limitar o aproveitamento do crédito quando diante de (1) isenção, (2) não-incidência e (3) nota fiscal inidônea.

O candidato que destacou o regramento constante no art. 8º, da LC n. 24/1975, na questão de “d”, para justificar a legitimidade da conduta do Estado, deveria apontar também a existência desse enunciado prescritivo como limitador ao direito de aproveitamento do crédito tributário. Assim, que respondeu estar correta a autuação fiscal descrita na alínea “d” deveria destacar que a lei estadual somente poderá limitar o aproveitamento do crédito quando diante de (1) isenção, (2) não-incidência, (3) nota fiscal inidônea e (4) concessão de benefício

fiscal em desconformidade com a LC n. 24/1975.

b) A Administração Fiscal, quando diante de uma operação de prestação de serviço de transporte com redução da base de cálculo, está devidamente amparada pela ordem normativa ao autuar a empresa que não procede a anulação proporcional do crédito do ICMS referente à aquisição de insumo? (0,75)

O candidato deveria destacar que:

- 1º. a redução da base de cálculo implica em modificação do critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária, hipótese em que a relação jurídica tributária não se instaura em seus termos e efeitos originais, mas sim, com um resultado econômico-financeiro mitigado;
- 2º. a redução da base de cálculo enquadra-se na sistemática da regra de isenção, por consistir na mutilação parcial do critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária;
- 3º. ser aplicável ao caso a regra do art. 155, § 2º, II, “b”, da CF/88, que determina a anulação do crédito relativo às operações anteriores quando se tratar de isenção.

c) Viola o supracitado princípio a autuação fiscal que determina ao contribuinte o estorno de todos os créditos aproveitados na operação de circulação de mercadoria que realizou em virtude da declaração de inidoneidade da nota fiscal da operação anterior, cuja declaração, embora tenha se dado em data posterior à aquisição da mercadoria pelo contribuinte, tem efeito *ex tunc*? (0,75)

A resposta a ser conferida pelo candidato é condicional, já que somente fora informado que a declaração de inidoneidade da NF deu-se em momento posterior à operação. Explica-se.

Primeiramente, o candidato deverá destacar que, em atenção ao art. 155, § 2º, XII, “c”, da CF, a LC n. 87/1996, em seu art. 23, condiciona o direito ao crédito à idoneidade da documentação fiscal. Dessa forma, como regra, tem-se que a declaração de inidoneidade da NF da operação anterior autoriza o Fisco Estadual a proceder a autuação no sentido de determinar que o contribuinte realize o estorno de todos os créditos aproveitados na operação de circulação de mercadoria que realizou.

Segundo, deveria destacar o entendimento consolidado no STJ no sentido de que a autuação seria ilegítima e, por conseguinte, o contribuinte faria jus ao crédito do ICMS, quando presentes os seguintes requisitos: (i) a nota fiscal emitida anteriormente à declaração de inidoneidade do vendedor, (ii) prova de que o adquirente da mercadoria agiu com boa-fé e (iii) comprovação de que a operação de compra e venda de fato ocorreu.

d) Quais as condições impostas pelo ordenamento jurídico para fins de validar os benefícios fiscais concedidos por um Estado-membro a determinada operação sujeita à incidência do ICMS? Achando-se diante de uma operação interestadual de circulação de mercadoria em que o Estado de origem outorga crédito presumido sem a observância dos preceitos legais, embora no documento fiscal venha destacado a alíquota interestadual, pode o Estado de destino vedar ao contribuinte, destinatário da mercadoria, o aproveitamento integral do ICMS destacado na referida nota? (1,0)

O candidato deveria destacar que:

1º. O art. 155, § 2º, “g”, da CF, buscando preservar o pacto federativo e impedir a “guerra fiscal” entre os estados, dispõe caber à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, cujo diploma legal é a LC n. 24/19750;

2º. A concessão de benefícios depende da formalização do instrumento denominado convênio;

3º. A deliberação concernente à concessão de qualquer benefício fiscal exige unanimidade dos Estados representados;

4º. O Poder Executivo de cada Unidade da Federação deve publicar decreto ratificando o convênio firmado, dentro do prazo de 15 (quinze) dias da publicação do Convênio no DOU, havendo, contudo, a figura da ratificação tácita;

5º. O artigo 150, §6º, estabelece que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido referentes a ICMS, só poderão ser concedidos mediante lei específica.

Primando pela possibilidade de o Estado de destino vedar ao contribuinte o aproveitamento parcial do ICMS destacado na nota fiscal, até o valor correspondente ao montante do ICMS não cobrado pelo Estado de origem, em razão da concessão de crédito presumido, o candidato deveria destacar:

(1) a Administração Pública deve agir de acordo com os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público;

(2) nos termos do art. 8º, I, da LC 24/75, no caso de benefício fiscal concedido por Estado sem amparo em convênio do CONFAZ, acarretará ao destinatário da mercadoria (recebedor da mercadoria) como ineficaz o crédito tributário por ele constituído, mesmo sem a respectiva declaração de inconstitucionalidade do benefício;

(3) esse modo de proceder estaria atendendo o princípio da não-cumulatividade, na forma do art. 155, §2º, I, da CF, a não-cumulatividade se resolve quando do imposto devido couber o

abatimento do montante cobrado em anterior operação. Aqui, deveria enfatizar que, por imposto devido, deve-se entender como aquele resultante da realização de hipótese normativa tributária da operação presente, que, para fins de nascimento de crédito tributário, necessita ser vertida em linguagem jurídica por meio da figura do autolancamento ou lançamento. Em contrapartida, montante cobrado (moeda escritural) é o resultado da incidência/aplicação da regra-matriz de incidência tributária na operação anterior, cujo relato desse evento se dá por meio do registro da entrada no livro fiscal competente, devendo-se estar atento que a formalização regular é requisito indispensável para o reconhecimento desse direito, já que, como enfatizado anteriormente, sem a linguagem jurídica, não há fato passível de reconhecimento pelo direito.

Entendendo pela não possibilidade de o Estado de destino vedar ao contribuinte o aproveitamento parcial do ICMS destacado na nota fiscal, até o valor correspondente ao montante do ICMS não cobrado pelo Estado de origem, em razão da concessão de crédito presumido, o candidato deveria destacar que:

- (1) A operação – que constitui fato gerador do ICMS – ocorreu em Estado-membro diverso (estado de origem), sendo esse o credor do imposto;
- (2) A circunstância de não ter havido o recolhimento integral do imposto constante do documento fiscal, em razão da existência de favor fiscal concedido pelo Estado de origem ao alienante, não torna o Estado de destino credor da parcela do imposto correspondente ao benefício fiscal;
- (3) O STJ já se pronunciou no sentido de que o art. 8º, I, da LC 24/75, na parte em que desconsidera o imposto incidente na operação anterior, em manifesta afronta ao princípio da não cumulatividade, e na parte em que permite cobrança do ICMS em desacordo com o princípio da legalidade tributária, não foi recepcionado pela Constituição Federal;
- (4) ainda que manejada a ADI, com a procedência do pedido, jamais será possível ao Estado de destino vedar ao contribuinte, destinatário da mercadoria, o aproveitamento integral do ICMS destacado na referida nota, porquanto quem é o sujeito ativo do crédito tributário é o Estado de origem, somando-se ao fato de que as decisões recentes do STF é no sentido de modular os efeitos, em nome do princípio da segurança jurídica, da boa-fé;
- (5) argumentar sobre viabilidade de ação indenizatória em face do Estado de origem em razão do dano causado por lei inconstitucional.

02 – A Empresa “A” fora autuada pelo Fisco Estadual sob a alegação de descumprimento de obrigação principal, já que realizou operação de

circulação de mercadorias não escrituradas em sua documentação fiscal, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, deixando de recolher ICMS, fato esse provado a partir do confronto das informações prestadas pela operadora de cartão de crédito/débito com os valores registrados pelo contribuinte.

Ajuizada ação anulatória, a Empresa “A” apresentou como tese de mérito a alegação de que a utilização de dados sobre as operações realizadas com cartões de crédito/débito viola as garantias fundamentais de intimidade e sigilo bancário, somando-se ao fato de que não houve a devida observância ao procedimento constante no artigo 6º, da LC n. 105/2001.

Na qualidade de Procurador do Estado, apresente os argumentos de defesa para fins de desconstituição das teses apresentadas pelo contribuinte, indicando os respectivos dispositivos legais. (1,25)

1º. A regra disposta no art. 6º da LC 105/2001 é dirigida às instituições financeiras quando estas estão em processo de fiscalização, e não aos contribuintes do ICMS. O contribuinte tem o dever de apresentar todos os dados e documentos necessários à fiscalização de sua atividade. E, em contrapartida, a administração tributária tem amplos poderes para analisar e requisitar as informações necessárias, não tendo aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los (CTN, art. 195).

2º. O interesse público na arrecadação e na fiscalização tributária legitima o ente federado a instituir obrigações, aos contribuintes, que tenham por objeto prestações, positivas ou negativas, que visem garantir o fisco o maior número de informações possíveis acerca do universo das atividades desenvolvidas pelos sujeitos passivos (artigo 113, do CTN).

3º. Existe dever instrumental no sentido de que as administradoras de cartão de crédito/débito e os estabelecimentos similares são obrigados a prestar, no prazo e na forma estabelecidos em regulamento, as informações relativas às operações de crédito/débito que realizarem, vinculadas às operações ou prestações realizadas por contribuintes deste Estado (artigo 81-A, do CTE).

Assim, descabe a equiparação da requisição de informações a instituições financeiras, em casos pontuais e específicos, com a obrigatoriedade imposta às administradoras/operadoras de cartões de fornecer informações, sem vinculação específica a contribuinte, decorrente de

um dever instrumental, que, na forma do artigo 113, § 2º, do CTN, tem existência para viabilizar o cumprimento das obrigações principais, ou seja, tem o objetivo de viabilizar o controle dos fatos relevantes para o surgimento de obrigações principais.

4º. As informações fornecidas pelas operadoras de cartões se limitam apenas a expor o faturamento parcial do estabelecimento cujo recebimento ocorreu por este meio de cartão de crédito ou de débito (art. 81-B, do CTE). Ou seja, as informações são prestadas de forma genérica (81-B, do CTE), o que demonstra que os dados obtidos pelo Fisco Estadual não dizem respeito a informações bancárias (depósito e aplicações financeiras); mas sim, informações financeiras do contribuinte relativas às suas transações comerciais, de forma globalizada.

5º. O contribuinte faz interpretação equivocada do art. 6º da LC n. 105/2001, visto que tal dispositivo refere-se a eventual exame de documentos, livros e registros que estejam em poder das instituições financeiras, não alcançando os dados (que tais entidades já são obrigadas a fornecer periodicamente à administração tributária, na forma da lei estadual).

5º. É entendimento firmado nas Cortes Superiores que o acesso do fisco as movimentações bancárias de contribuinte não importa em exposição da vida privada ao domínio público, já que se mantém o sigilo com relação a esses dados, uma vez que o Fisco os preserva do conhecimento público, sendo apenas levado exclusivamente ao conhecimento do fisco para confronto com as outras informações prestadas pelo contribuinte.

6º. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, sofrendo limitações, mormente quando há interesse público relevante, o que é perfeitamente aceitável, em decorrência do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

03 – Com relação ao concurso de credores e ao instituto da recuperação judicial, e levando em consideração a Lei de Execução Fiscal, o Código Tributário Nacional e a Lei n. 11.101/2005, bem como a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, indaga-se:

a) Os honorários advocatícios detêm natureza alimentar e se equiparam a créditos trabalhistas, devendo ser pagos com prioridade em relação aos demais créditos, inclusive sobre os créditos tributários? (0,5)

Pontos a serem abordados:

1º. Ao concluir ser de natureza alimentar e se equiparar a créditos trabalhistas, o candidato deve fazer a distinção levando-se em consideração o devedor (empresa falida ou massa falida).

2º Em sendo devido pela empresa falida, destacar: (1) será preferencial até o limite de 150 salários mínimos (art. 83, I); (2) o valor excedente a 150 salários mínimos detém natureza de

crédito quirografário (art. 83, VI, “c”); e (3) quando diante de tributo cujo o fato descrito no antecedente da norma da RMIT ocorrer no curso do processo falimentar, esse é qualificado como crédito extraconcursais (art. 84, V), sendo, portanto, pago com precedência sobre todos os créditos do art. 83. Assim, aqui os honorários devidos pela empresa-falida não terão preferência sobre o crédito tributário vencido no curso do processo de falência.

3º. Em sendo devido pela massa falida, por ser qualificado como créditos extraconcursais, o candidato deveria destacar que serão pagos com precedência sobre todos os créditos, inclusive, os créditos trabalhistas (art. 84, I), salvo a exceção do art. 151 (créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 salários mínimos por trabalhador).

Oportuno destacar ser esse o entendimento firmado pelo STJ quando do julgamento do REsp n. 1.152.218-RS, submetido ao rito do art. 543-C, do CPC (repetitivo de controvérsia).

b) O juízo da recuperação judicial da empresa é o competente para (1) processar e julgar as execuções fiscais existentes em face da empresa que formulou pedido de recuperação judicial e (2) realizar constrições sobre seu patrimônio? (0,5)

Pontos a serem abordados:

1º. O plano de recuperação da empresa não abrange pagamento de créditos tributários, logo não há que se falar em juízo universal o da recuperação judicial (art. 5º, 29 e 30, da Lei n. 6.830/1980; art. 187, do CTN, e art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005). Isso porque, em sendo a recuperação judicial é um acerto entre credores privados e o devedor em recuperação, sob a direção e tutela do Juiz de Direito e fiscalização do Ministério Público, não há universalidade a atrair todas as ações que tramitem em face da empresa. Aqui, inclusive, destaca-se que os arts. 57 e 58, da Lei n. 11.101/2005, e art. 191-A, do CTN, exigem, para a concessão da recuperação judicial, a necessária apresentação da prova de quitação de todos os tributos, mediante juntada de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas.

2º. Com relação aos atos de alienação e constrição, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, aqueles atos devem ser submetidos ao juízo da recuperação judicial, já que o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47, da Lei n. 11.101/2005). Esse entendimento encontra-se firme na jurisprudência do STJ, inclusive do TJMS.

04 – A partir da construção da regra-matriz de incidência tributária do ICMS importação, hipótese em que o candidato deverá identificar todos os

critérios constantes no antecedente e no conseqüente da referida norma jurídica, pede-se que seja analisado se a importação de bem móvel mediante operação de “leasing” consubstancia hipótese de incidência de ICMS. No caso, deverá o candidato levar em consideração a existência ou não de opção de compra ao final, citando os regramentos legais. (1,75)

No tocante a regra-matriz de incidência tributária do ICMS-Importação, o arquétipo é o seguinte:

Critério Material: importar (introduzir) mercadorias e bens estrangeiros no Brasil, no âmbito de operação jurídica que implica a tradição, com objetivo de permanência dentro do território brasileiro (complemento).

Critério Espacial: repartição aduaneira, onde ocorrer o desembaraço;

Critério Temporal: do desembaraço aduaneiro, sob condição da efetiva entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do destinatário, nos termos do art. 1º, II, do Decreto-lei 406/1968.

Critério Pessoal:

(i) Sujeito Ativo: Estado ou Distrito Federal onde se localiza o estabelecimento ou domicílio do sujeito passivo (art. 11, I, da LC 87/96); ou onde realizada a licitação, no caso de bem importado apreendido ou abandonado;

(ii) Sujeito Passivo: Importador, aquele constante na Declaração de Importação (DI), quando diante de importação por conta própria e por encomenda; ou Adquirente, no caso de bem importado apreendido ou abandonado (art. 155, §2º, XII, “a”, da CF; e art. 4º, par. único, I e III, da LC 87/96) e quando diante de importação por conta e ordem;

Critério Quantitativo:

(i) Base de cálculo: valor da mercadoria ou do bem importado, constante na Declaração de Importação, acrescido do imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados; imposto sobre operação de câmbio (IOF) e quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras (art. 155, §2º, XII, “i”, da CF, e art. 13, V, da LC 87/96); ou valor da mercadoria ou do bem importado, constante na Declaração de Importação, acrescido do imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados; e todas as despesas cobradas e debitadas pelo adquirente, no caso de bem importado apreendido ou abandonado (art. 13, VII, da LC 87/96);

(ii) Alíquota: 4% (quatro por cento), nos termos do art. 1º da Resolução nº 13/2012 do Senado Federal.

Com relação à indagação da incidência do ICMS sobre a operação de leasing, o candidato deveria apontar que:

1º. Na forma do disposto no art. 110, do CTN, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

2º. O “leasing” é um contrato de arrendamento mercantil, em que a arrendadora adquire um bem escolhido pelo arrendatário, para aluga-lo para este por um prazo determinado, em que ao final do contrato, poderá devolvê-lo, adquirir-lhe a propriedade ou renovar o avençado. Tanto é assim, que o diploma legal regulamentador do referido negócio jurídico informa que o contrato deve conter cláusulas (i) dispondendo sobre o prazo do contrato e (ii) prevendo a opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário.

3º. Dessa forma, a importação de equipamento por meio de negócio jurídico denominado “leasing” não consubstancia hipótese de incidência de ICMS, visto que não há venda de mercadoria e, muito menos, transferência de propriedade do bem móvel objeto do negócio jurídico.

4º. O entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não haverá a incidência da RMIT do ICMS-Importação sobre a operação de arrendamento mercantil sempre que a mercadoria seja passível de restituição ao proprietário e enquanto não efetivada a opção de compra, sob pena de configuração de situações de afronta ao princípio constitucional da vedação de confisco (CF, art. 150, IV). Isso porque, no caso de mercadoria que não constitua o patrimônio do arrendatário, o tributo, ao invés de integrar o valor da mercadoria, como seria da natureza do ICMS, expropriaria parcela do efetivo patrimônio da empresa.

5º. Logo, somente quando houvesse o efetivo exercício da opção de compra, é que seria devido o ICMS-importação.

6º. Destacar, ainda, que a Suprema Corte afirmou que sobre a operação de arrendamento a envolver bem insuscetível de devolução, fosse por circunstâncias naturais ou físicas ou por se tratar de insumo, incidiria ICMS-importação, porque nessa hipótese o contrato teria apenas a forma de arrendamento, mas conteúdo de compra e venda.

05 – Discorra sobre a desconsideração da personalidade jurídica abordando conceito, forma de decretação, teoria maior, teoria menor e desconsideração inversa. (máximo de 40 linhas; o que extrapolar o limite não será avaliado). (1,50)

- A desconsideração da personalidade jurídica consiste no afastamento episódico, para o caso concreto e de forma momentânea, da personalidade jurídica da pessoa jurídica, sempre que esta tiver sido utilizada como instrumento para perpetrar-se fraude, com o objetivo de alcançar o patrimônio pessoal do sócio ou administrador responsável pela prática do ato fraudulento, mas sem que ocorra a extinção da entidade.
- De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração prescinde de ação autônoma, podendo ser decretada em processo incidente, dispensando-se a citação dos sócios em desfavor de quem foi superada a personalidade jurídica.
- A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica exige o inadimplemento das obrigações da pessoa jurídica conjugada com a existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Está prevista no art. 50 do Código Civil.
- A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica exige apenas o inadimplemento da pessoa jurídica, independentemente da existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Encontra amparo legal no § 5º do art. 28 do CDC.
- A desconsideração inversa, respaldada em interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil, consiste no afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar esta por obrigações de seus sócios quando estes se utilizarem da entidade para acobertar o patrimônio pessoal com o intuito de fraudar direito de terceiros.
- Expor o significado de desvio de finalidade – utilização da personalidade jurídica em fins diversos do seu objeto social – e confusão patrimonial – impossibilidade de distinguir o patrimônio que pertence a pessoa jurídica e o que é de propriedade de seus sócios.

06 – Disserte sobre prescrição e decadência no direito civil abordando, necessariamente, os seguintes aspectos: (i) pretensão e direito potestativo; (ii) relação com ações condenatórias e ações constitutivas; e (iii) efeitos. (máximo de 40 linhas; o que extrapolar o limite não será avaliado). (1,50)

- A prescrição é a perda da pretensão de reparar o direito a uma prestação, diante da inércia do titular de executá-lo no prazo estabelecido em lei.
- A pretensão consiste no poder do credor de exigir coercitivamente do devedor o cumprimento de um direito a uma prestação.
- A decadência caracteriza-se como a perda de um direito potestativo pelo seu não exercício dentro do prazo estabelecido em lei ou convencionalmente fixado pelas partes.
- Direito potestativo é o poder conferido a alguém para sujeitar outrem, independentemente da sua vontade ou até mesmo contra a sua vontade, a sofrer uma mudança (alteração, criação

ou extinção) em sua esfera jurídica. O direito potestativo não tem conteúdo prestacional, e por essa razão é insuscetível de violação.

- As ações condenatórias são as únicas que se destinam a tutelar a pretensão do autor de obter do réu o seu direito a uma prestação. Como a prescrição consiste na extinção da pretensão, somente as ações condenatórias sofrem os efeitos da prescrição, na medida em que apenas elas tutelam a pretensão à prestação devida.

- As ações constitutivas se destinam a tutelar direitos potestativos, criando, modificando, ou extinguindo situações jurídicas. Dessa maneira, por veicularem direitos potestativos, se houver prazo para o exercício da ação constitutiva este será decadencial.

- A prescrição acarreta a perda da pretensão e não do direito a uma prestação, que permanece hígido, mas sem poder o credor exigí-lo coercitivamente do devedor. Assim, se o devedor satisfizer a prestação cuja pretensão esteja prescrita não poderá pleitear a restituição (art. 882 do Código Civil).

- Na decadência, por sua vez, o próprio direito potestativo é fulminado pelo seu não exercício dentro do prazo legal. Perde-se o direito com a decadência.

Observação: nas questões também foram levados em consideração o domínio da língua, a capacidade de exposição, o poder de convencimento e a coerência das respostas conferidas às indagações.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Procuradoria-Geral do Estado

XII Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso no cargo inicial da carreira de Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

PROVAS ESCRITAS (TEÓRICAS E PRÁTICAS)

GRUPO IV – PROCESSO CIVIL, TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

01 - Um Procurador do Estado encaminha petição para informar que não interporá recurso de apelação contra a sentença proferida em mandado de segurança, já na vigência da Lei 12.016/2009, em razão de expressa autorização administrativa para não recorrer, baseada em entendimentos doutrinários e jurisprudência majoritária. Pergunta-se: o juiz pode deixar de encaminhar o reexame necessário ao Tribunal de Justiça Estadual? Responda de forma concisa e fundamentada. (1,0)

RESPOSTA: Não, o juiz não deve deixar de encaminhar o reexame necessário, porque o mandado de segurança contém norma expressa, no parágrafo primeiro do art. 14 da Lei 12.016/2009.

Embora doutrinadores como Leonardo Nunes da Cunha defendam que em casos como o da questão pode ser dispensado o reexame necessário inclusive no mandado de segurança (*A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, n.14.13, p. 562/568), em atenção ao *princípio da razoabilidade*, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido **entendimento unânime e diverso**, segundo o qual as hipóteses de dispensa do reexame necessário, inseridas nos §§2º e 3º do art. 475 do CPC, **não se aplicam ao mandado de segurança**, pois a norma especial da Lei 12.016/2009 deve prevalecer sobre a norma geral. Vide, neste sentido, REsp 739.684/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 5/12/2006, DJ de 1/2/2007, p. 404; EREsp 654.837/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15/10/2008, DJe de 13/11/2008. A doutrina trata deste assunto específico, destacando a posição do STJ, a exemplo de Fred Didier Jr., *in Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3.11ª Ed. Salvador: Jus Podium, p. 537.

02 – O Estado de Mato Grosso do Sul formula pedido de suspensão dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça local, tendo por objeto liminar deferida em ação civil pública movida

pelo Ministério Público Estadual em seu desfavor. Na hipótese de o pedido de suspensão ser rejeitado pelo Presidente do Tribunal, pergunta-se: a) admite-se qual recurso? b) Se após a interposição do recurso a decisão denegatória for mantida, cabe a adoção de alguma medida judicial pela Fazenda Pública? (1,0)

RESPOSTA: a) Admite-se o agravo interno, ou regimental, aliás, mesmo que se tratasse de mandado de segurança (que já teve regra diversa). O prazo é de cinco dias. Se após a interposição do recurso a decisão denegatória for mantida, não cabem recurso extraordinário nem recurso especial. Nesta situação, a única alternativa para a Fazenda Pública é a interposição de NOVO pedido de suspensão, para o STF ou para o presidente do STJ, conforme o fundamento seja constitucional ou infraconstitucional. (art. 4º, §4º da Lei 8.437/1992). Não cabe renovação à corte superior antes de tentado o agravo interno.

03 - Se em uma ação de obrigação de fazer se estabelece na sentença uma multa mensal, após o trânsito em julgado do *decisum* é possível ao juiz da execução modificar o valor das multas vencidas e não pagas, através de nova decisão com eficácia *ex tunc*? (2,0)

RESPOSTA: Depende. O cerne da questão é a possibilidade da eficácia retroativa da decisão em relação ao valor das multas vencidas e não pagas e não a possibilidade da alteração da multa no juízo da execução, explicando-se a regra, defendida pela doutrina, e as exceções à regra praticadas nos tribunais superiores. É isso que deve ser abordado na questão.

A resposta correta seria depende, pois, em regra, o juiz da execução **não pode** modificar o valor das multas vencidas e não pagas, com eficácia *ex tunc*, **sob pena de ofensa à coisa julgada e à segurança jurídica**. O juiz pode modificar o valor das multas vincendas, ou seja, proferir **decisão com eficácia ex nunc**. Neste sentido: O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização. Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 168/169.

No entanto, nos últimos anos, o STJ tem admitido uma forma de “relativização” da coisa julgada em situações excepcionais, especialmente quando em ações envolvendo a Fazenda Pública, de modo que mesmo após o trânsito em julgado as multas vencidas e não pagas sejam revistas, em nova decisão com eficácia *ex tunc*. Nelson Nery Júnior (CPC Comentado) menciona que haveria a aplicação da cláusula “rebus sic standibus”, assim, sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa pode ser modificado, mantida a mesma situação, o valor da multa não pode ser alterado.

Assim, embora a regra seja uma nova decisão com eficácia *ex nunc*, admite-se excepcionalmente que a decisão tenha eficácia *ex tunc*. Neste sentido, em caso que **não se admitiu eficácia *ex tunc*** à decisão:STJ – Quarta Turma - AgRg no AREsp 487.351/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. J. em 16/12/2014. DJe 02/02/2015.

.

04 - O Estado de Mato Grosso do Sul realiza a adjudicação de um imóvel nos autos de uma execução fiscal movida em face da pessoa jurídica Laranja Ltda. A adjudicação foi registrada na matrícula do imóvel. À época da penhora o imóvel estava desocupado. A executada, proprietária do imóvel, foi intimada, na pessoa de seu representante legal, quedando-se inerte. A ação executiva foi extinta por satisfação do crédito em razão da adjudicação. Dois anos depois dessa extinção é proposta, na Justiça Comum Estadual, uma ação de usucapião por Maria da Silva, apenas em face da pessoa jurídica que era proprietária do imóvel, a Laranja Ltda., com base em instrumento particular de compra e venda (o “contrato de gaveta”) e na posse do imóvel por mais de 20 anos, devidamente comprovada por contas de luz em seu nome neste lapso temporal. Junta-se matrícula atualizada do imóvel, na qual consta a adjudicação, mas se argumenta que o prazo para a usucapião havia ocorrido antes mesmo da penhora do imóvel na execução fiscal. Há sentença de procedência na ação de usucapião. O Estado não foi incluído no polo passivo daquela ação. A sentença transita em julgado. Passados alguns meses o Cartório de Registro de Imóveis comunica o Estado sobre a determinação de transferência do imóvel para Maria da Silva.

a) Redija a peça judicial cabível, em nome do Estado de Mato Grosso do Sul, com argumentação jurídica apropriada e desenvolvimento conciso da matéria versada no problema, abordando necessariamente a competência do órgão julgador e os fundamentos jurídicos aplicáveis ao caso.

b) É desnecessário guardar espaçamento entre o endereçamento e o início do peticionamento bem como descrever qualificação e endereço das partes. Os dados ausentes no problema poderão ser insertos livremente na peça pelo candidato. Utilize para sua resposta o máximo de 20 linhas. (3,0 pontos)

RESPOSTA:

- Ação de querella nullitatis, endereçada ao juízo que proferiu a decisão nula, na primeira instância. A competência para a *querela* é do juízo que proferiu a decisão nula.
- Imperioso constar contra quem a ação é movida, ou seja em desfavor de **ambas** as partes da ação que se quer declarar nula, Maria da Silva e Laranja Ltda.
- Não se admite a rescisória, pois esta tem cabimento específico , *numerus clausus*. Neste sentido, STJ, 2ª S, AR n. 771-PA, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 13/12/2006. Outros julgados pertinentes: REsp 1438426-CE, rel. Sidnei Benetti. - - **Para fim de correção da prova não será admitida a fungibilidade, que aliás, é bastante controvertida no STJ.**
- Não se admite a ação anulatória prevista no art. 486 do CPC, que não é meio correto de impugnação de decisão judicial, mas de revisão de ato processual da parte. Neste sentido Fred Didier Jr., *in Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3.11ª Ed. Salvador: Jus Podium, p. 497.
- Não se admite mandado de segurança, por óbvio, em razão do decurso de prazo.
- Poderia ser admitida, excepcionalmente, a ação civil pública, perante a Justiça Comum Estadual. Neste sentido: STJ, 2ª T., REsp 445.664-AC., rel. originário Min. Peçanha Martins, rel. para acórdão Min. Edlana Calmon, j. em 15/4/2004. DJ de 07/03/2005.
- Indispensável que o pedido final esteja correto, com observância dos requisitos exigidos no art. 282 do CPC: com requerimento de citação da ré Maria da Silva e da Laranja Lima Ltda, partes na ação de usucapião; com pedido de declaração de nulidade da sentença; protesto pela produção de provas e menção ao valor da causa.
- Necessário, ainda, fazer constar pedido acautelatório, indispensável para suspender o registro perante o Cartório de Registro de Imóveis.

05 – Em reclamação trabalhista ajuizada por ex-empregado público do Estado de Mato Grosso do Sul foi pleiteado, entre outros direitos, a indenização por dano existencial, sob a justificativa de que não gozou férias durante três períodos consecutivos. De acordo com a jurisprudência atual firmada pelo TST, responda:

a) o que é dano existencial para o Direito do Trabalho? Quais seus elementos específicos? (1,0 ponto)

RESPOSTA: Consiste na violação a qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que cause uma alteração no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de

qualquer repercussão financeira ou econômica. Em outras palavras, o dano existencial é uma forma de frustração de projetos de vida ou relações sociais dos trabalhadores em razão de condutas ilícitas praticadas por seus empregadores.

Além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano (prejuízo, conduta e nexo de causalidade), o dano existencial tem dois elementos específicos: a) dano à realização do projeto de vida; b) prejuízo à vida de relações. Não é necessário que haja repercussão financeira ou econômica.

b) é possível a cumulação de indenização por dano existencial com a indenização por dano moral? (0,5 ponto)

RESPOSTA: É possível a cumulação de indenização por dano existencial com dano moral, isto porque o dano moral reside no fato de este ser essencialmente um sentir; já o dano existencial um não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma. Sendo diversos os motivos e danos provenientes do mesmo fato, é possível a cumulação da indenização.

06 – Considerando-se a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, declarada pelo STF na ADC-16 e de acordo com jurisprudência firmada pelo TST e pelo próprio STF, após referida decisão, pode-se afirmar que não cabe mais a responsabilidade subsidiária do Estado em casos de terceirização de mão de obra? Fundamente em no máximo 15 linhas. (1,5 pontos)

RESPOSTA: A decisão proferida na ADC-16 não tem o condão de afastar de imediato a possibilidade de condenação do Estado como responsável subsidiário em casos de terceirização de mão de obra, inobstante o texto expresso do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93. Assim, deve o Estado comprovar que não agiu com culpa *in vigilando*, exercendo efetivamente a fiscalização do contrato, conforme prescreve a lei de licitações, sob pena de ser condenado como responsável subsidiário pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa terceirizadora. Importante destacar que, no tocante ao ônus da prova, o TST tem firmado jurisprudência no sentido de que a prova quanto à fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços é do ente público contratante (Processo n. TST-RR-57-65.2012.5.01.0027, j. em 17/04/2015).

O STF ao reconhecer a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93 não afastou a possibilidade dos entes estatais, tomadores de serviços, pela fiscalização do correto cumprimento, por parte da prestadora, da legislação trabalhista, fiscal e previdenciária na

vigência do contrato administrativo. Assim, não se discute a constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8666/93, tampouco o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público, nos casos em que não observadas as condições normais e regulares do contrato estabelecido, hipótese em que caracterizada culpa *in vigilando*.