

PADRÃO DE RESPOSTA - PEÇA PROFISSIONAL

Enunciado:

Com fundamento na recente Lei n. 1.234, do Estado Y, que exclui as entidades de direito privado da Administração Pública do dever de licitar, o banco X (empresa pública daquele Estado) realiza a contratação direta de uma empresa de informática - a Empresa W - para atualizar os sistemas do banco.

O caso vem a público após a revelação de que a empresa contratada pertence ao filho do presidente do banco e nunca prestou tal serviço antes. Além disso, o valor pago (milhões de reais) estava muito acima do preço de mercado do serviço em outras empresas.

José, cidadão local, ajuíza ação popular em face do Presidente do banco X e da empresa W perante o Juízo de 1ª instância da capital do Estado Y, em que pleiteia a declaração de invalidade do ato de contratação e o pagamento das perdas e danos, ao fundamento de violação ao art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993 (norma geral sobre licitação e contratos) e a diversos princípios constitucionais.

A sentença, entretanto, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial, afirmando ser válida a lei estadual que autoriza a contratação direta, sem licitação, pelas entidades de direito privado da Administração Pública, analisada em face da lei federal, não considerando violados os princípios constitucionais invocados. José interpõe recurso de apelação, ao qual se negou provimento, por unanimidade, pelo mesmo fundamento levantado na sentença.

Dez dias após a publicação da decisão que rejeitou os seus embargos declaratórios, José procura um advogado para assumir a causa e ajuizar a medida adequada.

Na qualidade de advogado, elabore a peça cabível, observando todos os requisitos formais e a fundamentação pertinente ao tema.

Gabarito comentado:

A peça cabível é o Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, alíneas “a” e “d” da Constituição. Não é cabível o Recurso Especial porque o objeto da decisão recorrida é a validade da lei local em face da lei federal e da Constituição Federal. Ademais, conforme o enunciado da Súmula 126 do STJ, não é cabível a interposição isolada de Recurso Especial quando a decisão recorrida possui fundamento infraconstitucional e constitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-la.

É importante a observância do art. 541 do Código de Processo Civil, que determina que seja o Recurso Extraordinário endereçado ao Presidente ou ao Vice-Presidente do tribunal local (“Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido”). Isso porque o Recurso Extraordinário está sujeito a um exame de admissibilidade na origem, após o que os autos serão submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Devem ser indicados, na qualificação das partes, o recorrente (José, o autor popular) e os dois recorridos, que compõem o polo passivo da demanda (o Presidente do banco X e a empresa W).

Deve ser demonstrado o cabimento do recurso, conforme art. 541, inciso II do CPC. O examinando deve indicar o cabimento do recurso não apenas com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição da

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

Aplicada em 21/10/2012

ÁREA: DIREITO CONSTITUCIONAL

República (cabimento do RE nos casos em que a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição), mas também com fundamento no art. 102, III, “d” da Constituição (cabimento do RE quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal). Desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a ser competente para julgar recursos contra decisão judicial que entender válida lei local contestada em face de lei federal, tendo sido tal competência retirada do elenco de competências do Superior Tribunal de Justiça. A justificativa para tal alteração reside no fato de que o conflito entre leis local e federal é também um conflito federativo, a ser resolvido pelo órgão de cúpula do Judiciário.

Devem ser demonstrados, ainda, a existência de repercussão geral e o pré-questionamento. A exigência de demonstração da repercussão geral foi veiculada pela EC n. 45/2004, que incluiu o § 3º ao art. 102 da Constituição. A lei n. 11.418/2006 disciplinou aquela exigência, incluindo o art. 543-A no CPC, o qual determina que o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, a existência de repercussão geral (2º). No caso, José deverá demonstrar a existência de questões de interesse econômico e jurídico que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista o prejuízo ao Erário e à moralidade administrativa. Já o requisito do pré-questionamento decorre de construção jurisprudencial dos Tribunais superiores, e, no caso, foi cumprido não apenas pela efetiva manifestação do Tribunal de origem, como, ainda, pela oposição de embargos de declaração.

O examinando deve indicar, como fundamento do seu recurso, que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII da CRFB), e que tal competência foi exercida por meio da edição da Lei n. 8.666/93). A Lei n. 1.234, do Estado X, desbordou dos limites da competência do Estado, e, portanto, é inválida.

Nada obstante, o Tribunal de origem entendeu válida a lei local contestada em face da lei federal (que impõe a licitação às empresas públicas), e, assim, dá ensejo a um conflito quanto às competências de cada ente federativo (União e Estado X).

Ainda, a conduta impugnada viola os princípios da moralidade e da impessoalidade, pois foi contratada, sem licitação, uma empresa sem experiência na área, por um preço muito acima do valor de mercado, apenas pelo fato de a empresa pertencer ao filho do dirigente do banco estatal (empresa pública).

Por fim, deve ser formulado pedido para que seja dado provimento ao recurso, a fim de reformar a decisão recorrida, para declarar a invalidade do ato de contratação e o pagamento das perdas e danos ao Erário.

Distribuição dos Pontos:

Quesito Avaliado	Valores
Competência: petição de endereçamento ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de Justiça local (0,25) e razões recursais dirigidas ao Supremo Tribunal Federal (0,25)	0,00/0,25/0,50
Qualificação das partes (0,20 para cada item): (José / banco X / empresa W)	0,00/0,20/0,40/0,60
Demonstração do cabimento: Recurso Extraordinário interposto com fundamento nas alíneas “a” (0,20) e “d” (0,20) do art. 102 da CRFB.	0,00/0,20/0,40
Repercussão geral	0,00/0,50
Prequestionamento: demonstração de que a matéria foi efetivamente discutida nas instâncias ordinárias	0,00/0,50
Fundamento 1: Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII da CRFB) e tal competência foi exercida por meio da edição da Lei n. 8.666/93).	0,00/0,50
Fundamento 2: A Lei n. 1.234, do Estado X, desbordou dos limites da competência do Estado, e, portanto, é inválida.	0,00/0,50
Fundamento 3: O Tribunal de origem entendeu válida a lei local contestada em face da lei federal, e, assim, dá ensejo a um conflito quanto às competências de cada ente federativo (União e Estado X).	0,00/0,50
Fundamento 4: A conduta impugnada viola os princípios da moralidade e da impessoalidade segundo Art. 37, <i>caput</i> , da CRFB.	0,00/0,50
Pedido 1 : Provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida (0,15)	0,00/0,15
Pedido 2 : Requerer a invalidade da Lei n. 1234, do Estado X (0,10).	0,00/0,10
Pedido 3: Requerer a invalidade do ato de contratação e condenação dos recorridos ao pagamento das perdas e danos (0,25)	0,00/0,25

PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 1

Enunciado:

Uma agência reguladora federal editou, recentemente, uma portaria proibindo aos médicos prescrever a utilização de medicamentos que não tenham similar nacional.

A Associação Brasileira de Profissionais da Saúde, entidade de âmbito nacional constituída há mais de dois anos, propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra aquela medida.

A respeito da situação acima, responda aos itens a seguir, utilizando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

A) É possível a propositura da ADPF contra a portaria emitida pela agência reguladora federal? Responda justificadamente. (Valor: 0,40)

B) A Associação tem legitimidade para a propositura daquela ADPF? Responda justificadamente. (Valor: 0,40)

C) Pode um Estado instituir uma ADPF no plano estadual? Nesse caso, qual o instrumento jurídico apto à criação do instituto? Responda justificadamente. (Valor: 0,45)

Gabarito comentado:

A. A questão trata do tema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), previsto no art. 102, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil e disciplinado pela Lei n. 9.882/1999.

O legislador determinou, no art. 4º, § 1º daquela lei, que “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. O dispositivo consagra o chamado princípio da subsidiariedade, de modo que o cabimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) para impugnar a validade de determinado ato do poder público exclui o cabimento da ADPF.

Tendo em vista que a ADIn não é o mecanismo hábil à impugnação de atos normativos “secundários” (infralegais), abre-se espaço para o cabimento da ADPF para a impugnação de portaria editada por agência reguladora federal.

B. Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.882/1999, “podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental (...) os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. De seu turno, os legitimados para a propositura da ADIn são, nos termos do art. 103 da Constituição, “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Em relação à legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cunhou o conceito de pertinência temática, que significa a necessidade de demonstração, por alguns legitimada, de que o objeto da instituição guarda relação com o pedido da ação direta proposta por referida entidade. No caso, tal requisito encontra-se atendido, tendo em vista que a norma impugnada se dirige, exatamente, aos profissionais da saúde.

C. A Constituição Federal não previu a arguição no âmbito dos Estados-membros – como fez com ação direta de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º) – mas, a exemplo do que se passa com a ação direta de constitucionalidade, pode ser instituída pelo constituinte estadual, com base no princípio da simetria com o modelo federal.

Distribuição dos Pontos:

Quesito Avaliado	Valores
A) Sim, a ADPF é medida judicial adequada a impugnar a validade de ato normativo infralegal (0,20), pois restou atendido o princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, §1º da Lei n. 9.882/1999 (0,20) OBS.: A mera indicação do artigo não pontua.	0,00/0,20/0,40
B) Sim, pois os legitimados para a propositura da ADPF (art. 2º da Lei n. 9.882/1999) são os mesmos da ADIn (art. 103 da CRFB) (0,20), e foi observado o requisito da pertinência temática (0,20). OBS.: A mera indicação do artigo não pontua.	0,00/0,20/0,40
C) Sim, é possível a instituição de uma ADPF no plano estadual (0,10), desde que se o faça por meio de previsão na Constituição do Estado. (0,35)	0,00/0,10/0,35/0,45

PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 2

Enunciado:

Maria alugou um prédio comercial no centro da cidade “P”, capital do estado “K”, para que o Estado estrangeiro W ali instalasse sua representação consular. Foram estabelecidos aluguéis de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) mensais.

Passados dois anos de vigência do contrato, em razão de dificuldades financeiras no continente onde se localiza o Estado W, o mesmo deixa de pagar aluguéis para Maria, que, inconformada, busca a orientação de um profissional da advocacia para melhor defender seus interesses.

O advogado contratado explica que proporá a ação em Vara Cível do Município “P”, cabendo eventual recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado K.

Responda, justificadamente, se a orientação do advogado contratado por Maria está na direção correta ao apontar os órgãos jurisdicionais competentes para a matéria em primeiro e em segundo graus de jurisdição. (Valor: 1,25)

Gabarito comentado:

As orientações fornecidas estão equivocadas, pois ações movidas contra Estado estrangeiro devem ser propostas em primeira instância perante um Juiz Federal, conforme art. 109, II da Constituição; em grau recursal é cabível um recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 105, II, “c” da Constituição.

Distribuição dos Pontos:

Quesito Avaliado	Valores
Não. A primeira instância deverá ser perante Juiz Federal (0,45), conforme art. 109, II da Constituição (0,10). OBS.: A mera citação do artigo não pontua.	0,00/0,45/0,55
Em segundo grau é cabível o recurso ordinário (0,30) perante o STJ (0,30), conforme art. 105, II, “c” da Constituição (0,10). OBS.: A mera citação do artigo não pontua.	0,00/0,30/0,40/0,60/0,70

PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 3

Enunciado:

Em 2010 foi aprovada emenda à Constituição do Estado “X”, acrescentando dispositivo que permite que o Governador do Estado edite medida provisória, com força de lei, com eficácia imediata, devendo ser convertida em até 30 dias. Com base neste dispositivo, em 15 de dezembro de 2011, o Governador do Estado editou medida provisória majorando as alíquotas mínima e máxima do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, visando à cobrança do imposto com as novas alíquotas em 2012. Não tendo sido apreciada nos primeiros vinte dias de vigência, a medida provisória entrou em regime de urgência, e foi finalmente aprovada pela Assembleia Legislativa.

A partir da hipótese apresentada, responda justificadamente aos questionamentos a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e apresentando a fundamentação legal pertinente ao caso.

A) O dispositivo da Constituição do Estado X que confere ao Governador competência para editar medida provisória viola a Constituição da República? (Valor: 0,40)

B) A alteração das alíquotas pela medida provisória editada pelo Governador é constitucional? (Valor: 0,40)

C) As novas alíquotas podem ser cobradas em 2012? (Valor: 0,45)

Gabarito comentado:

A. Não. Os Estados, no exercício da capacidade de auto-organização (art. 25, *caput*, CRFB), decorrente da autonomia constitucional, podem autorizar os Governadores a editar medida provisória. Trata-se de uma faculdade conferida aos Estados e não de uma obrigação decorrente do princípio da simetria. A Constituição da República, ao proibir que os Estados regulem a exploração e a concessão dos serviços locais de gás canalizado "por medida provisória" (art. 25, § 2º, CRFB), permite, *contrario sensu*, a edição de medida provisória para regular outras matérias.

B. Sim. A alteração da alíquota mínima é constitucional. Já a alteração da alíquota máxima é de competência do Senado, de modo que a sua alteração por medida provisória estadual gera inconstitucionalidade formal parcial.

C. Não. Embora os Estados possam autorizar a edição de medida provisória pelo Governador, devem, por outro lado, observar a regulação deste ato normativo em âmbito federal, o que inclui a observância do princípio da anterioridade em matéria tributária, de modo que uma medida provisória que implique a instituição ou a majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia do ano em que foi editada.

Distribuição dos Pontos:

Quesito Avaliado	Valores
A) Não. Autonomia ou auto-organização (0,30) conforme art. 25, § 2º. (0,10) OBS.: A mera indicação do artigo não pontua.	0,00/0,30/0,40
B) Alíquota mínima: sim. (0,20)	0,00/0,20
Alíquota máxima: não, conforme art. 155, §1º, IV. (0,20)	0,00/0,20
C) Não. Observar a regulação do art. 62, § 2º OU observar o princípio da anterioridade (0,45)	0,00/0,45

PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 4

Enunciado:

Caio e Tício, servidores públicos federais, foram surpreendidos com o advento de uma Emenda Constitucional que alterou o sistema previdenciário dos servidores, aumentando a idade mínima para aposentadoria e a forma de cálculo dos proventos

Caio já havia completado todos os requisitos para a aposentadoria (idade e tempo de contribuição), mas optou por permanecer em atividade. Tício ainda não havia preenchido todos os requisitos: apesar de já possuir a idade mínima, faltava-lhe um ano de contribuição.

Pergunta-se:

A) as novas normas são aplicáveis a Caio e Tício, no que diz respeito à idade para aposentadoria e à forma de cálculo dos proventos? (0,80)

B) Alguns anos depois, já aposentados, Caio e Tício recebem a notícia de que foi editada lei federal que, majorando seus proventos de aposentadoria, modificou a sua forma de composição. É válida a lei que altera a composição da remuneração dos aposentados, quanto ao seu valor e a fórmula de cálculo? (0,45)

Gabarito comentado:

A. Em relação a Caio, as novas normas não lhe são aplicáveis, pois, no momento em que preencheu os requisitos, adquiriu direito à aposentadoria pelas normas então vigentes. E uma Emenda Constitucional não pode ferir direito adquirido (cláusula pétrea).

Em relação a Tício, as novas normas são aplicáveis, pois o servidor possuía apenas expectativa de direito à aposentadoria com as regras anteriores. É possível que a Emenda Constitucional traga regra de transição para abarcar aqueles que já eram servidores ao tempo de sua edição, mas, caso não exista essa regra (ou caso o servidor não se enquadre nessa regra), a nova sistemática da aposentadoria é imediatamente aplicável.

B. O examinando deve indicar que é possível a alteração, pois não existe direito adquirido a regime jurídico no que diz respeito à forma de composição dos vencimentos. Deve-se respeitar a irredutibilidade dos proventos, mas não a forma de cálculo do benefício.

Distribuição dos Pontos:

Quesito Avaliado	Valores
A) Em relação a Caio, as novas normas não lhe são aplicáveis, pois, no momento em que preencheu os requisitos, adquiriu direito à aposentadoria pelas normas então vigentes (0,40) Em relação a Tício, as novas normas são aplicáveis, pois possuía apenas expectativa de direito à aposentadoria com as regras anteriores (0,40).	0,00/0,40/0,80
B) Sim, a lei é válida, desde que respeitada a irredutibilidade dos proventos, uma vez que não existe direito adquirido a regime jurídico em relação a composição de vencimentos (0,45)	0,00/0,45