

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Concurso público para provimento de cargos vagos de
Advogado da União de 2ª Categoria

Justificativas de alterações de gabarito de itens
(com base nos modelos de provas disponíveis no sítio do CESPE/UnB)

QUESTÃO	GABARITO PRELIMINAR	GABARITO DEFINITIVO	SITUAÇÃO
1	C	-	Deferido c/ anulação
Deferido. Segundo Hely Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo Brasileiro, 36ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 73 e 74, "quanto à estrutura, os órgãos podem ser simples ou compostos". E acrescenta: "quanto à atuação funcional, os órgãos podem ser singulares ou colegiados". Segundo também Maria Sylvania Zanella Di Pietro, na obra Direito Administrativo, 23ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 508 e 509, "quanto à estrutura, os órgãos podem ser simples ou unitários (constituídos por um único centro de atribuições, sem subdivisões internas, como ocorre com as seções integradas em órgãos maiores) e compostos (constituídos por vários outros órgãos, como acontece com os Ministérios, as Secretarias de Estado, que compreendem vários outros, até chegar aos órgãos unitários, em que não existem mais divisões)". E acrescenta: "quanto à composição, classificam-se em singulares (quando integrados por um único agente) e coletivos (quando integrados por vários agentes)". Contudo, efetivamente existem conceituações diversas na doutrina, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra Curso de Direito Administrativo, 28ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 141, segundo o qual "os órgãos, quanto à estrutura, podem ser divididos em (a) simples e (b) colegiados..." Também há o posicionamento de Diogenes Gasparini, na obra Direito Administrativo, 16ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 104, para quem os órgãos públicos, quanto à composição, são classificados em simples e compostos. Diante da divergência doutrinária sobre a matéria, há que se deferir o recurso, para anular o item.			
2	C	-	Deferido c/ anulação
Deferido. A redação do item efetivamente gerou ambiguidade, pois permite inferir que a AGU e os ministérios se caracterizam pela ausência de subordinação hierárquica ou funcional, quando, na realidade, tal característica deveria se referir apenas à Presidência da República. Por tais razões, defere-se o recurso para anular o item.			
31	C	E	Deferido c/ alteração
É admitido o controle de constitucionalidade em relação às normas inseridas no ADCT pelo poder constituinte de reforma, nas hipóteses em que as emendas à Constituição o podem ser. A doutrina ressalta a possibilidade de o poder de reforma também inserir norma no ADCT, as quais são também passíveis de controle de constitucionalidade. Nesse sentido: "Da mesma forma, tanto o constituinte originário como o de reforma podem deliberar sobre temas concretos, em regulação por prazo definido, preferindo fazê-lo fora do Texto principal, mas com o mesmo valor jurídico das normas ali contidas" (Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª ed., pág. 90). "Evidentemente também que as normas acrescidas ao ADCT pelo poder constituinte de reforma são suscetíveis de controle de constitucionalidade, nas hipóteses em que as emendas à Constituição o podem ser" (obra citada, mesma página). Dessa forma, fica clara a necessidade de alterar o gabarito já que em todo o tempo se justificou o cabimento do controle em face da norma inserida no poder de reforma e não pelo poder constituinte originário, já que as "normas constitucionais fruto do trabalho do poder constituinte originário serão sempre constitucionais, não se podendo falar em controle de sua constitucionalidade." (Direito Constitucional Esquemático. Pedro Lenza. 15ª ed., pág. 271). A hipótese é de alteração do gabarito para se considerar a assertiva errada.			
75	C	-	Deferido c/ anulação
Embora o caput do art. 134 do CTN estabeleça a solidariedade, também determina que o inventariante só responde nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal e das penalidades de caráter moratório (parágrafo único) pelo espólio, o que configuraria, na verdade, responsabilidade subsidiária. A matéria é polêmica e a redação do enunciado não possibilita ao candidato oferecer uma única resposta adequada. Cite-se, a respeito, o seguinte excerto de julgado do STJ: "Flagrante ausência de tecnicidade legislativa se verifica no artigo 134, do CTN, em que se indica hipótese de responsabilidade solidária 'nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte', uma vez cediço que o instituto da solidariedade não se coaduna com o benefício de ordem ou de excussão. Em verdade, o aludido preceito normativo cuida de responsabilidade subsidiária." (REsp 446955/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008). Com esses fundamentos, propõe-se a anulação do item.			
76	C	E	Deferido c/ alteração
Recurso deferido. A responsabilidade de terceiros também pode ser pessoal, conforme dispõe o art. 135 do CTN, o que contraria a afirmação feita no item. Por essa razão, opta-se pela alteração do gabarito do item.			
90	C	E	Deferido c/ alteração
Apesar de o item basear-se na literalidade do inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição, a Lei 9.985/00 (art. 22, §§ 5º e 6º) prevê a possibilidade de alteração do regime jurídico dos espaços territoriais especialmente protegidos por outros instrumentos normativos que não lei em sentido estrito, desde que seja para ampliação da proteção ambiental. Nesse sentido, a afirmação contida no item 90 está errada, porque apenas a supressão do regime jurídico dos territórios especialmente protegidos estaria sujeita à reserva legal. Alteração do regime jurídico, com a transformação de Unidade de Uso Sustentável em Unidade de Proteção Integral, pode ser feita "por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade" (Lei 9.985/00, art. 22, § 5º). Também para ampliação da área de uma Unidade de Conservação que não modifique seus limites originais, o instrumento normativo poderá ter o mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, não sendo necessariamente lei em sentido estrito (art. 22, § 6º, Lei 9.985/00). Cumpre transcrever os mencionados dispositivos: "Art. 22. As unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público. (...) § 5º As unidades de conservação do grupo de Uso Sustentável podem ser transformadas total ou parcialmente em unidades do grupo de Proteção Integral, por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo. § 6º A ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo. § 7º A desfetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica". Daí a necessidade de deferir os recursos para alterar o gabarito para errado.			
93	E	-	Deferido c/ anulação
Recurso deferido. Trata-se de negócio celebrado com reserva mental e, de acordo com o sistema do novo Código Civil, será inexistente, e não nulo.			

Dispõe o CC: Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. (...) Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. (...) sendo conhecida a reserva mental pela parte adversa, isto é, sabendo que o declarante não cumprirá o conteúdo negocial, o negócio será inexistente (dada a ausência de qualquer ato negocial), ou, se houver intenção de prejudicar terceiros ou violar a lei, estará eivado de nulidade (de acordo com o art. 167, CC), caracterizando verdadeira simulação. (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito Civil, Teoria Geral, 6ª ed. 2007, p. 436) “Se o propósito de enganar o declaratório é elemento constitutivo da reserva mental e integra o elemento volitivo, fica ele afastado em virtude do conhecimento, por parte deste, do intuito do declarante. Configura-se hipótese de ausência de vontade de enganar. Como afirma o art. 110 retrotranscrito, a contrário sensu, a manifestação de vontade nesse caso não subsiste. Sem declaração de vontade, requisito de existência do negócio jurídico, este inexistente” (Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, Vol. I, 4ª ed, 2007, p. 315). Contudo, conforme argumentação lançada nos recursos, existe dissídio doutrinário acerca do tema bastante para apontar a nulidade do item.

94	C	-	Deferido c/ anulação
-----------	----------	---	-----------------------------

Recurso deferido. De fato, apesar da posição de abalizada doutrina no sentido do texto “(...) será difusa a produtividade dos efeitos quando estiver presente entidade representativa de interesses difusos, como na hipótese de o Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta tendo como objeto a proteção ao meio ambiente. Importa lembrar que os negócios jurídicos difusos apresentam cunho eminentemente extrapatrimonial, em razão da matéria sobre a qual versam, não se admitindo cláusulas em que se disponha sobre o conteúdo material dos direitos em apreço, pois pertencem à coletividade (direitos de massa). Ou seja, a validade dos negócios difusos depende da inexistência de concessões mútuas, pois o direito não pertence aos legitimados para celebrá-los, servindo como instrumento de proteção dos valores mais significativos da sociedade, como o meio ambiente, a defesa do consumidor, a moralidade administrativa etc” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito Civil, Teoria Geral, 6ª ed. 2007, p. 433), nota-se posição divergente, o que autoriza a anulação. Ressalte-se, também, a existência da categoria de negócio jurídico com efeitos difusos não é respaldada pela melhor doutrina de Direito Civil e, portanto, não poderia ser objeto de avaliação dos candidatos.

116	C	E	Deferido c/ alteração
------------	----------	----------	------------------------------

Não há correlação entre o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias e o fato de não haver efeito suspensivo da comunicação de interposição do agravo de instrumento. Ademais, o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias é incompatível com a “interrupção da marcha processual para apreciação de recursos contra decisões de questões incidentais (isto é, decisões interlocutórias)”. Nesse sentido, a concessão de efeito suspensivo ao agravo é que tem correlação com esse princípio, por excepcioná-lo, jamais a comunicação de interposição do agravo de instrumento (Cf. THEODORO JR., Humberto. O processo civil brasileiro no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 197).

121	C	-	Deferido c/ anulação
------------	----------	---	-----------------------------

Há divergência jurisprudencial sobre o tema, cabendo a anulação do item. No sentido da questão vide o precedente do STJ: AgRg no Ag nº 544.213/BA. E, em sentido contrário: AgRg no Ag 719.228/RJ, AgRg no Ag 703.126/RS e AgRg no Ag 702.199/RS.”

154	C	-	Deferido c/ anulação
------------	----------	---	-----------------------------

Há divergência na jurisprudência do STJ e na doutrina. Os julgamentos do HC nº 101.381/RJ e do HC nº 132.510/SP ilustram os dois entendimentos discrepantes. Na doutrina, Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo e Luiz Regis Prado defendem o entendimento de que um ato não basta para a caracterização do delito. Os acórdãos, proferidos ambos em 2011, demonstram que o tema é polêmico, razão pela qual deve ser anulado o item.

159	C	E	Deferido c/ alteração
------------	----------	----------	------------------------------

A manutenção do réu na prisão não constitui mais um dos efeitos da condenação, nos termos do parágrafo único do art. 387 do CPP, conforme a jurisprudência (STF – HC 89331/PE e HC 90.746; STJ – RHC 21602/RJ).

161	C	-	Deferido c/ anulação
------------	----------	---	-----------------------------

A jurisprudência do STJ e do STF é dissonante. O STJ tem jurisprudência majoritária no sentido de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância em caso de crimes contra a Administração Pública. Por outro lado, a Segunda Turma do STF tem entendido pela possibilidade (HC 107.370/SP, HC 104.286/SP). Assim, os recursos devem ser deferidos para anular o item.

189	C	-	Deferido c/ anulação
------------	----------	---	-----------------------------

O pedido de revisão do valor da causa trabalhista, previsto no § 1º do art. 2º da Lei n. 5.584/1970, tem prazo diferenciado e há divergência se sua natureza jurídica é de recurso. Segundo Renato Saraiva e precedente do TST, a medida judicial tem essa natureza. Vide o prejudgado: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NO PEDIDO DE REVISÃO DO VALOR DA CAUSA. O Recurso Inominado previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 5.584/70, apesar de possuir natureza recursal, largamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, constitui espécie recursal *sui generis*, visto que se esgota na apreciação feita pela autoridade pessoal do Presidente do TRT. A decisão resultante dessa apreciação é irrecorrível, pois possui caráter interlocutório. Agravo de Instrumento de que não se conhece. PROC. Nº TST-AIRR-00697/2001.8. Processo: AI - 3561100-84.2002.5.03.0900 Data de Julgamento: 29/10/2003, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/11/2003. De outro lado, por ser possível enquadrar o pedido de revisão como recurso, o candidato, considerado o enunciado do item, poderia ter sido induzido a erro e entender que existiria uma exceção ao prazo de oito dias para os recursos trabalhistas.

191	C	E	Deferido c/ alteração
------------	----------	----------	------------------------------

Muito embora a responsabilidade final pelo pagamento do salário-maternidade seja, de fato, da Previdência Social, caberá inicialmente à empresa efetuar referido pagamento, mediante compensação posterior, nos termos do art. 72, § 1º, da Lei 8213/91. Nesse sentido, ao abordar o salário-maternidade, destaca Marisa Ferreira dos Santos: “Sujeito passivo: o INSS é o sujeito passivo onerado. O pagamento do benefício nem sempre é feito pelo INSS: (...) b) Seguradora empregada: o pagamento é feito diretamente pela respectiva empresa empregadora e enquanto existir a relação de emprego (art. 97 do RPS). A empresa responsável pelo pagamento fará a compensação por ocasião do pagamento das contribuições incidentes sobre a folha de salários (art. 72, § 1º, do PBPS e art. 94 do RPS)”. (Direito Previdenciário Esquemático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280). Ressalte-se, ainda, que a matéria foi devidamente analisada pelo plenário do STF no julgamento da ADI 1946. Ademais, frise-se que a hipótese não é de anulação, pois a matéria tratada no presente enunciado está prevista nos itens 3 e 4 do edital. Dessa forma, merece ser deferido o recurso do(a) candidato(a) com a consequente alteração o gabarito da questão para errado.

195	C	-	Deferido c/ anulação
------------	----------	---	-----------------------------

Com a análise dos recursos é que se observou que o nome acrescentado Instituto Nacional da Seguridade Social continha erro material, já que o nome correto seria: Instituto Nacional do Seguro Social. Trata-se, com efeito, de mero erro material, não apresentando o enunciado nenhuma outra impropriedade. No entanto, decide-se pelo deferimento com anulação.

197	C	-	Deferido c/ anulação
<p>Muito embora o STJ tenha decidido, no julgamento do REsp 1053644 (STJ, REsp 1053644, DJe 07.06.2010), que “Não é abusiva a cláusula que impede o ressarcimento dos valores pagos pelo beneficiário em substituição da patrocinadora, pois essa quantia, <i>in casu</i>, é convertida em favor de todo o grupo (equilíbrio atuarial) não ensejando vantagem ou desvantagem para qualquer das partes”, a LC 109/2001, que prevê, em seu art. 14, IV, a faculdade de autopatrocínio, não determina que o resgate, nesses casos, não alcance os valores pagos em substituição à patrocinadora, estabelecendo apenas o desconto das parcelas de custeio administrativo. Verifica-se, portanto, que, via de regra, o participante que exerça a faculdade de autopatrocínio fará jus ao resgate dos valores pagos em substituição à entidade patrocinadora, salvo se houver cláusula específica em sentido contrário, o que, entretanto, não restou destacado no presente enunciado. Contudo, a ausência dessa especificidade pode ter comprometido a análise do candidato, razão pela qual se opta pela anulação da questão.</p>			