



XLIV Concurso Público

PARA PROVIMENTO
DE CARGOS DE JUIZ
DE DIREITO SUBSTITUTO
DA JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL

TJDFT

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA**SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023****TJDFT reduz consumo de papel e de água.****LEIA COM ATENÇÃO AS INSTRUÇÕES ABAIXO.**

1. Ao receber este caderno de prova, confira inicialmente se os dados transcritos no seu Caderno de Textos Definitivos da Prova Escrita - Discursiva - P2 estão corretos. Confira também os dados em cada página numerada deste caderno de prova. Em seguida, verifique se o caderno de prova contém dez questões discursivas. Caso algum dos cadernos recebido esteja incompleto, tenha qualquer defeito e(ou) apresente divergência quanto aos dados apresentados, solicite, de imediato, ao(à) fiscal de sala que tome as providências necessárias.
2. Quando autorizado(a) pelo(a) fiscal de sala, escreva, no espaço apropriado do Caderno de Textos Definitivos, com sua caligrafia usual, a frase em destaque logo acima destas instruções.
3. Durante a realização da prova, não se comunique com outros(as) candidatos(as) nem se levante sem autorização do(a) fiscal de sala.
4. Não serão fornecidas folhas suplementares para rascunho nem para a transcrição dos textos definitivos da prova discursiva.
5. Na duração da prova, está incluído o tempo destinado à identificação — que será feita no decorrer da prova — e à transcrição dos textos da prova discursiva para o Caderno de Textos Definitivos da Prova Escrita - Discursiva - P2.
6. Ao terminar a prova, chame o(a) fiscal de sala, devolva-lhe o seu Caderno de Textos Definitivos e o Caderno de Rascunho, conforme consta do edital de abertura, e deixe o local de provas.
7. Durante a realização da prova, não destaque nenhuma folha deste caderno.
8. A desobediência a qualquer uma das determinações constantes em edital, no presente caderno ou no Caderno de Textos Definitivos implicará a anulação da sua prova.
9. **Não pule linha entre as respostas aos itens das questões.**

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 01 – DIREITO CONSTITUCIONAL

A Lei nº 13.709/2019 trata da proteção de dados pessoais (LGPD) e, em que pese a existência desse regramento, em 10 de fevereiro de 2022 foi publicada a Emenda Constitucional nº 115, que alterou a Carta Magna para incluir a proteção de dados de pessoas entre os direitos e garantias fundamentais, acrescentando ao artigo 5º o inciso LXXIX. Ainda, acrescentou ao artigo 21, o inciso XXVI, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e tratamento desses dados.

Diante desse contexto normativo e considerando a ordem cronológica legislativa, classifique e conceitue a eficácia da norma prevista no novel inciso LXXIX e, considerando recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, indique precedente jurisprudencial sobre o tema e os parâmetros constitucionais fixados para assegurar a proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, em conformidade com o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa. Ainda, discorra fundamentadamente sobre a responsabilidade do agente em razão da conduta que incorra em violação desses parâmetros.

RESPOSTA

A Constituição Federal já garante a proteção de dados pessoais, mesmo antes da EC 115/22, conforme depreende da leitura do artigo 5º, X e XII. De acordo com esses dispositivos, já são assegurados a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e inviolabilidade do sigilo e das comunicações telegráficas e de dados.

Embora a Lei Geral de Proteção dos Dados (Lei 13.709/18) seja anterior à vigência da norma constitucional, essa inversão cronológica não altera o grau de eficácia da nova regra constitucional.

~~A norma prevista no inciso LXXIX, do artigo 5º, introduzido pela referida emenda, classifica-se como norma de eficácia contida.~~

~~Na lição de José Afonso da Silva, trata-se de norma que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos e conceitos gerais nelas anunciados.~~

A classificação da eficácia da norma prevista no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal não está pacificada na doutrina. Trata-se de matéria controvertida entre os juristas brasileiros.

A exemplo, sem descurar de outras doutrinas, o Professor José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais quanto à eficácia em normas de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida, bem como a jurista Maria Helena Diniz, que adota a seguinte classificação: normas de efeito absoluto, com eficácia plena, relativa restringível e relativa dependente de complementação legislativa.

Em recente decisão proferida no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6649) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 695), o Supremo Tribunal Federal

possibilitou o compartilhamento de dados, fixando alguns parâmetros que garantem a legalidade do ato sem que haja violação ao direito constitucional já destacado.

São esses os parâmetros fixados no julgamento conjunto da ADI 6649 e ADPF 695:

- a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018);
- b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II);
- c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público.

Decidiu também o STF que o tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos ao arrepio dos parâmetros legais e constitucionais importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, na forma dos arts. 42 e seguintes da Lei 13.709/2018, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de culpa ou dolo.

De acordo com o Tribunal, a transgressão intencional (dolosa) do dever de publicidade fora das hipóteses constitucionais de sigilo resultará na responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa, com possibilidade de aplicação de sanções disciplinares previstas nos estatutos dos servidores públicos federais, municipais e estaduais.

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 02 – FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

Analise os textos abaixo e responda aos itens seguintes com lastro na filosofia política e nas teorias constitucionais contemporâneas.

Texto 1: “E não é fato que quando o desregramento e a doença proliferam no Estado são abertos muitos tribunais e hospitais? E que a *advocacia* e a *medicina* se tornam cheias de presunção quando até grande número de homens livres as toma muito a sério?”

“E como poderia ser diferente?”

“E poderia encontrar no Estado maior testemunho de educação má e desonrosa do que a necessidade dos mais excelentes médicos e juízes experimentada não só por pessoas vis e artesãos, como também por aqueles que afirmam ter sido criados à maneira de indivíduos livres? Não achas vergonhoso e grande sinal de vulgaridade ter de fazer uso de uma Justiça imposta por outros, que se qualificam como senhores e juízes, porque te mostras pessoalmente incapaz de administrar o impasse?”

“De todas as coisas”, ele disse, “o que há de mais vergonhoso”.

(Platão. A república. Tradução texto adicionais e notas de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Édipo, 2019, p.158.)

Texto 2: “A filosofia política e a filosofia constitucional, sobretudo nas últimas décadas, passaram a comportar espaços relevantes de superposição. Como filosofia, ambas compartilham o ideal da busca por conhecimento, por reflexão crítica e pela definição de valores morais. Porém, também quanto ao seu objeto, são inúmeros os temas e preocupações comuns como a liberdade, igualdade, dignidade humana, direitos fundamentais, justiça, o espaço de atuação de cada um dos Poderes e os diferentes papéis desempenhados pelo Estado. A verdade é que o mundo do poder e o mundo do Direito tornaram-se indissociáveis. A interface entre eles tem como peça essencial a Constituição, que é o marco de uma fronteira tênue e movediça: a que procura separar os domínios da política e do Direito, da vontade e da razão, da legislação e da jurisdição constitucional. Em um mundo no qual o positivismo jurídico perdeu sua hegemonia – tanto na sua versão primitiva como na versão mais sofisticada do Segundo Pós-Guerra –, o Direito se tornou crescentemente permeável aos valores éticos, aos valores políticos e à realidade social.”

(BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 104.)

a) Estabeleça conceitos e diferenças entre Substancialismo e Procedimentalismo, abordando, necessariamente, as ideias de democracia deliberativa e de inclusão.

b) Disserte sobre os fundamentos de legitimidade do Poder Judiciário no cenário de intercessões e conflitos entre os departamentos estatais, abordando, necessariamente, as temáticas da dificuldade contramajoritária e da cultura constitucional.

RESPOSTA

a) Estabelecimento de definição e diferenças entre procedimentalismo e substancialismo no campo da teoria constitucional contemporânea, citando-se, necessariamente, as ideais de democracia deliberativa e inclusão.

O procedimentalismo sustenta que o papel da Constituição é enunciar as regras do jogo político e garantir sua natureza democrática, com ênfase nos direitos considerados pressupostos para o funcionamento desse regime político. O substancialismo, por sua vez, respalda a legitimidade de decisões conteudísticas pelas diversas constituições, especialmente no tema de direitos fundamentais. Abraçam os substancialistas tarefas mais funcionais e engenhosas para o texto constitucional, a fim de superar a função supostamente mais singela que os procedimentalistas reservam às constituições.

Na seara hermenêutica, o *substancialismo* tende a lograr, na Constituição, respostas para um grande volume de controvérsias: interpretação, pois, de aspecto abrangente. Por sua vez, o *procedimentalismo* contempla posição mais cautelosa, garantindo maior espaço para as deliberações majoritárias: os pressupostos para funcionamento da própria democracia são aqui imprescindíveis (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

Democracia não se identifica somente com o governo das maiorias, mormente em se considerando o contexto de uma sociedade complexa e plural. A *democracia deliberativa* se baseia nos diálogos e nas interações, assinalando que, num mundo de desacordos morais e de dissensos comuns sobre grandes questões, a legitimação do direito precisa derivar de um processo de produção de normas amplo e *inclusivo*.

O processo democrático assegura legitimidade em razão de suas qualidades procedimentais, podendo, caso indispensável, contribuir para o preenchimento das lacunas de integração social e solidariedade (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2018).

b) Considerações acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário, abordando-se, necessariamente, os significados de dificuldade contramajoritária e cultura constitucional.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional costuma ser questionada em virtude da aludida *dificuldade contramajoritária* do Judiciário. Essa legitimidade, entretanto, lastreia-se na proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. A noção de *democracia* está além do momento episódico do voto e ostenta, assim, também uma feição substantiva, de enaltecimento da dignidade, da igualdade e da justiça. Minorias não podem ser suplantadas ou desguarnecidas por uma tirania majoritária de ocasião.

O constitucionalismo democrático exerce dois papéis principais: assegura as regras do jogo democrático e protege valores e direitos fundamentais. A democracia, pois, não se restringe ao princípio majoritário (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020).

Sendo condições necessárias do processo democrático, revela-se imperativo que os direitos fundamentais fiquem protegidos da vontade da maioria legislativa, assertiva que conduz à legitimação da jurisdição constitucional (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2014).

É certo que os poderes tradicionalmente considerados republicanos e democráticos, a saber, o Legislativo e o Executivo, são integrados por membros possuidores de mandatos que derivam diretamente da intercessão popular. Contudo, há outros valores em jogo, e o Poder Judiciário, sobretudo as cortes supremas, endossam

uma legitimação discursiva e, na mesma linha, uma representação argumentativa da sociedade.

No Brasil, em particular, o controle de constitucionalidade e o vastíssimo rol de atribuições atribuído a esse departamento de poder não são desprezíveis. A Constituição de 1988 autoriza, de maneira explícita, a atuação judicial nos mais diversos setores políticos, sociais e econômicos, convidando o Judiciário a uma miríade de tarefas. Cuida-se, nessa compreensão, de aferir instrumentos e dosagens, e não de refutar a intervenção jurisdicional constitucionalmente proclamada.

Somente as estruturas constitucionais não são idôneas a realizar o processo político ou conduzir à plena democracia. A normatividade é relevante, mas não resolve, por si, o problema da efetivação das constituições. Neste particular, a ideia de *cultura constitucional* é importante: trata-se de um conjunto de valores morais e políticos que inundam uma ambiência social (FUX, Luiz; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. *Constituições e Cultura Política: Para Além do Constitucionalismo Contramajoritário*. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO; Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto Para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017).

A Constituição é resultado de um *processo cultural*, e as teorias constitucionais são circundadas por fatores sociopolíticos, valores, normas e instituições. Os textos se objetivam, não se despreza, no contexto concreto, plural e dinâmico da sociedade civil (ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 03 – DIREITO ADMINISTRATIVO

Em contratação de obra pública, o contratado comprometeu-se a cumprir o cronograma físico-financeiro de 24 (vinte e quatro) meses de execução da obra, de acordo com as regras pré-estabelecidas no Edital. O contrato vigeria por 30 (trinta) meses.

No curso da execução, observou-se substancial atraso no cronograma físico-financeiro por culpa do contratado, o que ocasionou a decisão da Administração Pública de extinção contratual por inadimplemento, de forma unilateral.

De acordo com a Lei nº 14.133/2021, responda:

- a)** em qual(is) hipótese(s) é(são) permitida(s) a extinção unilateral de um contrato administrativo firmado pela Administração Pública, de acordo com o caso concreto relatado na questão?
- b)** quais são as consequências jurídicas para a empresa que teve seu contrato extinto?
- c)** quais são as providências que a Administração Pública deve adotar, com relação aos prejuízos causados, após a extinção do contrato firmado?
- d)** quais são as opções da Administração Pública para dar continuidade à obra, após a extinção do contrato firmado?

RESPOSTA

a) A Lei nº 14.133/2021 prevê, no art. 137, os motivos pelos quais o contrato administrativo pode ser extinto, assegurando-se ao contratado o contraditório e a ampla defesa. O caso concreto refere-se à extinção contratual por culpa do contratado pelo não cumprimento do cronograma físico-financeiro definido no edital. Por isso, a hipótese que se enquadra ao caso concreto é a do inciso I do caput do art. 137 da Lei (I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos), acarretando o não cumprimento das normas editalícias e o atraso no cronograma da obra, deixando-se de cumprir o prazo estipulado.

b) A empresa que teve o contrato extinto pode ser responsabilizada e penalizada de acordo com o apurado pela Administração, em especial ~~entre~~ os incisos **II, III e IV do art. 139** e **os incisos** elencados no art. 155, **ambos** da Lei nº 14.133/2021.

A empresa pode dar causa à inexecução parcial que causou grave dano à Administração e ao funcionamento dos serviços públicos (inciso II), à inexecução total do contrato, se nem mesmo mobilizou o canteiro de obras (inciso III); ou, por fim, pode ter ensejado o retardamento da execução do objeto sem motivo justificado (inciso VII).

De acordo com o art. 156 da Lei e parágrafos, que definem a dosimetria das penas, a empresa pode ser sancionada com multa e/ou impedimento de licitar e contratar no âmbito da Administração Pública direta

e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção (incisos II e III do art. 156), de acordo com os parágrafos §3º, §4º e §7º do mesmo artigo.

Importante destacar que, no caso da multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação, conforme dispõe o art. 157 da lei.

Já no caso da sanção de impedimento de licitar e contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, deverá ser instaurado processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir, conforme disposto no art. 158 da Lei.

c) A Administração pode exigir a reparação pelos danos causados pelo contratado, nos moldes do art. 156, §9º, da Lei nº 14.133/2021, sem prejuízo da reabilitação prevista no art. 163, inciso I, da mesma Lei. O contratado sujeitar-se-á, também, à penalidade da multa de mora, disposta no art. 162 da Lei nº 14.133/2021, em face do atraso na execução da obra, **bem como a consequência prevista no art. 139, inciso III, do mesmo diploma legal.**

d) As opções jurídicas relacionados à continuidade da obra não executada, caso seja do interesse da Administração ao extinguir o contrato, são:

1) chamar o licitante remanescente para dar continuidade ao contrato nos moldes definidos no §7º do art. 90 da Lei nº 14.133/2021; ou

2) promover nova licitação; ou

3) tomar providências elencadas no art. 139 da Lei, quais sejam:

I- assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

III - execução da garantia contratual para:

a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;

b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;

c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;

d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 04 – DIREITO PENAL

“Depois da reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, o erro passou a receber um novo tratamento. As denominações erro de fato e erro de direito foram abolidas e, com o advento da teoria finalista da ação, o erro passou a ser reconhecido como erro de tipo e erro de proibição. Não houve uma simples modificação de nomenclatura. O erro de fato não quer dizer o mesmo que erro de tipo e nem o erro de direito traduz o mesmo que erro de proibição. O tratamento, na verdade, é que se modificou” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. Disponível em: Minha Biblioteca, (25ª edição). Grupo GEN, 2023. p. 457).

Considerando o fragmento acima como elemento meramente motivador, discorra, de forma clara, fundamentada e objetiva sobre os seguintes pontos:

- a)** diferença entre desconhecimento da lei e o conceito legal/doutrinário de erro de proibição, devendo o candidato abordar necessariamente (a.1) a ideia de valoração paralela na esfera do profano; (a.2) as consequências penais – a partir do conceito analítico tripartite de crime – do reconhecimento do erro de proibição escusável e (a.3) a (ir)relevância penal do desconhecimento da lei e do baixo grau de instrução ou de escolaridade do agente;
- b)** o significado de se afirmar que a reforma penal de 1984 adotou a teoria limitada da culpabilidade – em vez da teoria extremada – na disciplina legal do erro de tipo permissivo em comparação com o erro de proibição;
- c)** o que se entende por erro de proibição culturalmente condicionado, citando exemplo.

Aborde toda a matéria legal/constitucional e/ou jurisprudencial aplicável, mencionando os dispositivos normativos incidentes, quando for o caso.

Respostas a questões teóricas de forma puramente exemplificativa demonstram incapacidade de formulação de conceitos e deficiência argumentativa.

RESPOSTA

a) Desconhecimento da lei vs. erro de proibição. Lei é apenas o documento escrito publicado no Diário Oficial. O conhecimento da lei é uma presunção legal que diz respeito à aplicabilidade e validade do direito legislado em relação à coletividade, matéria, inclusive, disciplinada na LINDB, art. 3º. Erro de proibição, por sua vez, é o desconhecimento do caráter ilícito de uma conduta, o que não decorre diretamente da ciência ou não de que há uma lei penal incriminadora, mas da vivência na sociedade, do senso comunitário acerca da moralidade ou imoralidade, justiça ou injustiça de uma conduta. **(a.1)** Daí se afirmar que, para o

reconhecimento do erro de proibição, há que se proceder a uma *valoração paralela na esfera do profano*, pois não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, que advém das normas de cultura, dos princípios éticos da vida em sociedade^{1 2}. **(a.2)** Na concepção analítica tripartite de delito, crime é conduta típica, antijurídica e culpável. Espera-se do candidato que reconheça que a consciência *potencial* da ilicitude é elemento da culpabilidade, e o erro de proibição escusável como sinônimo de erro de proibição invencível/inevitável. O seja, situação em que o agente não tinha consciência da ilicitude nem era possível atingi-la. O erro de proibição escusável (invencível/inevitável), portanto, afasta a culpabilidade. ~~(a.2)~~ **(a.3)** Espera-se do candidato, no subitem, uma abordagem puramente legal dos assuntos cobrados, nos seguintes termos: muito embora o art. 21, *caput*, do CP afirme que “o desconhecimento da lei é inescusável”, há relevância penal. O art. 65, inciso II, do CP considera o desconhecimento da lei como atenuante genérica. A seu turno, o art. 14, inciso I, da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998) considera como circunstância atenuante da pena o “baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”. Poderá ser valorado, de forma mais diminuta, o candidato afirmar que o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente, em crimes ambientais, quando somado a outras circunstâncias peculiares do caso concreto, pode ser considerado para o reconhecimento do erro de proibição – solução já adotada no eg. TJDF em ações penais que tratavam de pesca irregular no Lago Paranoá, em Brasília/DF³.

b) Reforma penal de 1984. Teoria limitada da culpabilidade. Erro de tipo permissivo vs. erro de proibição. Identificação do erro de tipo permissivo como sinônimo de discriminantes putativas (art. 20, § 1º). A controvérsia entre as teorias extremada e limitada da culpabilidade se situa no erro que recai sobre uma causa de justificação do crime. Referência à Exposição de Motivos do Código Penal (reforma da parte geral de 1984)⁴. Para a teoria extremada da culpabilidade todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição. A seu turno, para a teoria limitada da culpabilidade, há que se distinguir duas subespécies de erro: uma que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, e outra que recai sobre a existência ou os limites da causa de justificação. No primeiro caso, ocorre erro de tipo permissivo (discriminante putativa); no segundo caso, erro de proibição⁵.

c) Erro de proibição culturalmente condicionado: situação que não se trata exatamente de desconhecimento da ilicitude do fato à luz de um ordenamento jurídico dominante, mas da impossibilidade de “internalização” da compreensão dessa ilicitude, porque o agente, da mesma forma, é incapaz de compreender os valores morais ou sociais que justificam a norma penal incriminadora. Segundo ZAFFARONI, cuida-se de categoria jurídica que emerge em situações em que sujeitos instruídos em bases culturais distintas, as quais são internalizadas desde tenra idade por comandos de conduta presentes no meio em que vivem, entram em conflito com o sistema jurídico oficial⁶. É quando o sujeito, muitas vezes, conhece a antijuridicidade da norma, mas não compreende por que deve ser punido por condutas que realiza normalmente, conforme seus costumes ancestrais⁷. Exemplo: tradições de povos indígenas por rituais que envolvem violações

¹ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120*. v.1. Disponível em: Minha Biblioteca, (7ª edição). Grupo GEN, 2023).

² BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120* (vol. 1). Disponível em: Minha Biblioteca, (28ª edição). Editora Saraiva, 2022.

³ Acórdão 970664, 20130110463305APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 29/9/2016.

⁴ “Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva” (art. 19, Exposição de Motivos).

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 285-286.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 646.

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal*. v.1. Disponível em: Minha Biblioteca, (25ª edição). Grupo GEN, 2023, p. 463.

cadavéricas ou castigos corporais aos faltosos. A exclusão do crime, nessas situações, não decorre simplesmente de uma construção doutrinária criativa, mas também de preceito constitucional expresso acerca da proteção da organização social, dos costumes, crenças e tradições indígenas (art. 231, *caput*, CF/1988).

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 05 – DIREITO PROCESSO PENAL

Discorra sobre a “perda alargada”. Atente aos seguintes pontos, anotando a diferença entre a aplicabilidade do instituto ao crime de tráfico de drogas e nos demais casos de incidência da legislação penal comum:

- a)** Fundamentação legal, definição e motivação;
- b)** Pressupostos para a sua incidência;
- c)** (In)compatibilidade do instituto com a presunção de inocência;
- d)** Efeitos da sentença, necessidade de pedido pela parte e faculdade do Magistrado;
- e)** Extensão da perda quanto aos tipos de confisco.

RESPOSTA

a) Fundamentação: art. 63-F da Lei n. 11.343/06 e no art. 91-A do Código Penal introduzido pela lei n. 13.864/2019;

Definição: Confisco alargado no crime de tráfico consiste na determinação, em sentença condenatória, de perda de bens considerados como produto ou proveito do crime decorrente do envolvimento comprovado do agente em crimes relacionados ao tráfico de drogas. Na legislação penal, há previsão de que na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Nesse sentido, o próprio dispositivo estabelece que, para efeito da perda prevista, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente, e os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

Motivação desta medida é a despatrimonialização do criminoso, de modo a incrementar o reproche econômico significativo aos tradicionais efeitos dissuasórios e retributivos da sanção penal.

b) Na lei de drogas:

- 1- Condenação por crime com pena máxima superior a 06 anos previsto na Lei de Drogas.
- 2 - Incompatibilidade do patrimônio com a renda lícita do agente.
- 3 - Demonstração de vinculação a práticas delituosas.

No art. 91-A, caput, do Código Penal

- 1 - Condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão;
- 2 - Incompatibilidade entre os rendimentos lícitos do condenado e seu acervo patrimonial

c) Não há que se falar em violação à presunção de inocência, pois o confisco alargado é um efeito legal de uma sentença penal condenatória, após verificados os elementos suficientes para a afirmação da culpa em juízo. A implementação do confisco deve observar a definitividade da condenação e, por isso, ocorre após ampla possibilidade de refutação pela defesa do condenado.

Na lei de drogas, a constitucionalidade deste instituto tem origem no art. 5º, XLVI, “b”, da CF que prevê expressamente a possibilidade de perda de bens por ocasião de uma condenação criminal. O art. 243 da CF tem sido entendido pelo STF como um mandado de criminalização que justifica o perdimento de bens apreendidos em decorrência do tráfico de drogas, dispensando-se a prova da habitualidade ou de exclusividade na utilização dos bens apreendidos (STF, RE 638.491/PR).

d) Efeito secundário da sentença penal condenatória.

Diferentemente da previsão de confisco alargado positivada no Código Penal pela Lei 13.964/2019, o confisco da Lei de Drogas se apresenta em referência aos crimes nela tipificados e sem a previsão de que sua decretação dependa de pedido expresso da parte. Nesse sentido, trata-se de efeito ex lege da sentença condenatória. Os efeitos secundários da sentença condenatória, observada motivação idônea, encontram-se no prudente arbítrio do julgador na individualização da pena em decorrência da condenação.

Não é facultado ao juiz emitir qualquer juízo de valor acerca da adequação da produção dos efeitos.

Em se tratando do confisco previsto no Código Penal, a perda deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada (art. 91-A, §3º do CP). Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

e) O art. 91 do CP traz duas possibilidades de confisco. O primeiro o confisco do produto ou instrumento do crime, ou seja, o confisco recai diretamente sobre ele (*confisco clássico*). O perdimento está atrelado ao produto, ao proveito e aos instrumentos do crime.

No § 1º do art. 91 do CP, há o *confisco pela equivalência*. Nesse caso o confisco não recai propriamente sobre o produto ou instrumento do crime, mas em valores equivalentes a ele.

O legislador permite que o confisco seja aplicado sobre outros bens de propriedade ou que estejam sob a posse do agente, proporcionalmente aos valores dos bens originários. Portanto, a perda se dá tanto ao objeto do crime como aos valores necessários para ressarcir o prejuízo causado.

O pacote anticrime trouxe a noção do que a doutrina denominou confisco alargado, que está previsto no art. 91-A do Código Penal e no art. 63-F da Lei 11.343/06.

No confisco alargado do Código Penal, tal como previsto na Lei de Drogas, há o perdimento não apenas dos bens diretamente jungidos ao crime pelo qual o sujeito é condenado ou bens e valores equivalentes, mas também da sua fração patrimonial incompatível com seus rendimentos lícitos.

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 06 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Discorra sobre o eventual conflito aparente entre o disposto no artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a regra de interrogatório geral do Código de Processo Penal. Analise os argumentos para adoção de cada um dos preceitos normativos, com os princípios eventualmente envolvidos e as consequências nos processos infracionais, além do entendimento dos Tribunais Superiores sobre o assunto.

RESPOSTA

O artigo 184 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem que o procedimento infracional será iniciado após a representação, com a audiência de apresentação e oitiva do adolescente. Tal oitiva pode, segundo o disposto no artigo 186, §1º do ECA ser decisiva para que o magistrado aplique ou não a remissão.

Já o artigo 400 do Código de Processo Penal estabelece o interrogatório como sendo o último ato da instrução oral do Processo Penal, após a oitiva da vítima, de todas as testemunhas arroladas pelas partes, dos esclarecimentos dos peritos, as acareações e os reconhecimentos realizados.

Também, a previsão contida no art. 35, da Lei n. 12.594/2012, contribui para o fundamento a favor do interrogatório ser o último ato de instrução, haja vista que estabelece a noção de que o adolescente não deve receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

O conflito se estabelece pela percepção de que a oitiva do adolescente funciona como um verdadeiro interrogatório. Nesse aspecto, tem-se uma lei anterior (ECA) e uma lei posterior (CPP), mas, por um outro lado, há uma lei genérica (CPP) e uma lei específica (ECA).

O STJ, historicamente, consolidou entendimento que o artigo 184 do ECA teria atuação preponderante, em razão do rito próprio, favorecendo-se a especialidade.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 127.900/AM, passou a adotar para o Processo Penal militar a regra do CPP e não mais a regra especial do CPP militar.

Em razão dessa decisão e de diversas decisões monocráticas do STF, a Sexta Turma do STJ decidiu que a regra do Código de Processo Penal seria preponderante, no sentido de que a oitiva do representado seja o último ato de instrução no procedimento apuratório. (AgRg no HC 772.228). Todavia, no AgRg no HC 772.153, menos de um mês depois, a mesma turma teve posicionamento contrário. Já a 5ª Turma, entende que o rito do Estatuto da Criança e do Adolescente deve prevalecer, não havendo nulidade na realização do ato como primeiro ato no procedimento de apuração, nem na ausência de repetição da oitiva do adolescente.

No tocante à mudança de posicionamento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, não será retirada qualquer pontuação pela sua não menção ou pela eventual divergência existente no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Dessa forma, onde se lê que a 6ª Turma entende de forma a seguir as recentes decisões monocráticas do STF não constará para fins de pontuação. Assim sendo, o espelho conterá duas respostas possíveis: o

entendimento unitário do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da preponderância do artigo 184 do ECA e a possibilidade de se trazer a discussão sobre a divergência, quando o candidato apontar a divergência existente, mas que não deverá ser pontuada na referida prova.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, possui diversas decisões monocráticas confirmando que prepondera o entendimento de prevalência do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão de ser norma especial. Nesse sentido, entendem os Ministros Luiz Fux (RHC 224.561) e Alexandre de Moraes (HC 225.448).

Por outro lado, a Suprema Corte, em razão da própria discussão sobre o tema, possui julgados monocráticos dos Ministros Nunes Marques (HC 215.009), Luis Roberto Barroso (HC 220941) e Ricardo Lewandowski (HC 212.693), concedendo *habeas corpus* com fundamento na prevalência da regra mais benéfica do Código de Processo Penal, em razão do acusado poder falar por último, em respeito ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que o HC 127.900 seria aplicável a todo e qualquer tipo de procedimento acusatório.

No que tange à remissão, o ministro Luis Roberto Barroso chega a mencionar que ela pode ser concedida em qualquer fase da instrução processual, desde que antes da sentença.

Dessa forma, os argumentos favoráveis à adoção do rito do Estatuto da Criança e Adolescente estão o princípio da prioridade absoluta e da proteção integral (arts. 1º e 3º do ECA), a especialidade do tema, a legalidade, a possibilidade da remissão ser concedida logo ao início do processo e o fato do processo infracional não ser um processo penal de forma estrita.

Já com relação aos argumentos favoráveis à adoção do rito do Código de Processo Penal, está o fato de a alteração do artigo 400 do CPP ser posterior, revogando o artigo 184 do ECA no que tange à oitiva, o julgamento do HC 127.900 do STF ter entendido que o interrogatório como último ato de defesa deve ser aplicado a todos os casos, inclusive àqueles com previsão legal diversa, o respeito ao princípio da ampla defesa e ao contraditório, além de não impedir a remissão, por ser ela admitida em qualquer fase do processo.

Com relação aos posicionamentos dos tribunais superiores, em suma, não há um posicionamento pacífico, salvo na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões divergentes tanto no Supremo Tribunal Federal, como na 6ª Turma do STJ.

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 07 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL

Considere a seguinte situação hipotética e, em seguida, responda os itens abaixo de forma fundamentada:

No Juízo de uma das Varas de Fazenda Pública, o Distrito Federal – com base nos artigos 876 e 884, ambos do Código Civil – propõe ação de RESSARCIMENTO AO ERÁRIO em face do espólio de Marie Margot Catarina visando reaver o valor de R\$ 9.698,00. Segundo alega, Marie Margot era professora da Secretaria de Educação do DF, tendo falecido em 01/01/2022. Ocorre que, sem saber do óbito, e tampouco ter sido avisado pelas sucessoras da ex-servidora, depositou indevidamente na conta bancária do Banco de Brasília – BRB os valores referentes ao salário de janeiro/22 e mais 7 dias de fevereiro/22, os quais, inclusive, foram sacados. Em razão disso, pugna pela restituição dos valores depositados indevidamente com atualização pela SELIC desde o momento de cada depósito.

Citado, o espólio, já no terceiro dia do prazo para defesa, apresentou contestação alegando:

- 1)** incompetência da Vara de Fazenda Pública uma vez que a ação, em razão do valor da causa, seria da competência absoluta dos Juizados Especiais de Fazenda Pública;
- 2)** ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que não teria a obrigação de restituir o montante alegado pelo Autor;
- 3)** que a ex-servidora Marie Margot realmente faleceu em 01/01/22 deixando como filhas a senhoras Valentina Margot e Pietra Margot, mas apenas essa última teria movimentado a conta bancária da mãe para sacar valores os quais foram usados exclusivamente para pagar boletos de dívidas deixadas pela genitora;
- 4)** que a ex-servidora faleceu sem deixar qualquer bem, o que tornaria o ressarcimento absolutamente impossível;
- 5)** que as quantias foram espontaneamente depositadas pelo Autor a título de remuneração devida à ex-professora e, se houve saque desses valores é porque o sacador estava de boa-fé e movimentando verba alimentícia;
- 6)** que a movimentação financeira na conta bancária da ex-servidora só ocorreu por desatenção do banco BRB que permitiu a liberação de valores sem exigência de documentos necessários.

No dia seguinte o espólio réu propõe reconvenção, alegando que o Autor não pagou auxílio-funeral e o 13º salário proporcional. Ao final, pede a condenação do Distrito Federal nessas duas rubricas, admitindo, se vier a ser condenado na pretensão principal, o “encontro de contas”.

EXPLIQUE FUNDAMENTADAMENTE:

- a)** qual é o correto Juízo competente para a situação hipotética acima mencionada?

**XLIV Concurso Público para Provedimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

b) qual é a solução correta para a alegação de ilegitimidade passiva? Deve figurar no polo passivo o espólio? As duas filhas? Apenas Pietra? O banco BRB?

c) para a solução da restituição ao erário nesse específico caso, é necessário perquirir a boa ou má-fé de quem movimentou a conta bancária, segundo a jurisprudência do STJ?

d) qual é a solução jurídica que o magistrado competente dará ao pedido reconvençional?

RESPOSTA

a) O correto Juízo é, de fato, a Vara Fazendária, e não o Juizado Fazendário.

Nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.153/2009 aos Juizados Especiais de Fazenda Pública apenas compete as causas em que o DF, bem como suas autarquias, fundações e empresas públicas forem réus.

No caso hipotético, o DF é autor e, por isso, deve postular em Vara de Fazenda e não em Juizado de Fazenda Pública.

b) A alegação de ilegitimidade passiva ad causam do espólio deve ser acolhida.

O espólio é parte ilegítima para figurar em ação na qual se persegue o ressarcimento de numerário disponibilizado em favor de servidor público falecido, após o seu óbito, e sacado por outrem, por gerar enriquecimento sem causa de quem não era titular da quantia. Vide REsp 1.805.473/DF, Min. Mauro Campbell).

Ora, se o saque indevido da quantia disponibilizada pelo DF não pode ser imputado à de cujus, o espólio não pode ser obrigado a restituir. Isso porque o espólio só é obrigado a cumprir dívidas da autora da herança por força do artigo 796 do CPC, ou seja, o espólio só responde pelos débitos da de cujus enquanto essa estava viva (a dívida não era da falecida, pois o “pagamento” ocorreu em momento posterior ao seu falecimento).

Também não procede a alegação de que apenas Pietra (a 2ª filha) teria legitimidade passiva. Há singela informação de que essa segunda filha teria feito saques indevidos, mas nada se alegou, todavia, que tais verbas tenham vertido em favor dela. Muito pelo contrário, o que consta da questão é que o dinheiro foi utilizado para pagamento de boletos de dívidas deixadas pela mãe, o que aproveita ambas as sucessoras.

“Quanto à alegada liberação dos valores inadvertidamente pela instituição financeira, tais argumentos desbordam dos limites da demanda” (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão 1650014, Des. Robson Teixeira de Freitas), pois o BRB sequer era parte (e tampouco foi chamado).

Em síntese: espera-se que o candidato conclua que a legitimidade passiva deve ser em face das duas sucessoras conjuntamente, e não o ESPÓLIO, ou o BRB ou “apenas” uma das filhas.

c) Não há que se perquirir quanto à ocorrência ou não de boa-fé dos sucessores pois, “levando-se em consideração a realidade do direito sucessório e, em especial, o princípio de saisine, tem-se que, com a transferência imediata da titularidade da conta do falecido aos herdeiros, os valores nela depositados (por erro) não teriam mais qualquer destinação alimentar. Logo, por não se estar diante de verbas de natureza alimentar, é dispensada a análise da boa-fé dos herdeiros” (AgRG no REsp 1.387.971-DF, Min. Mauro Campbell, 15/03/2016).

d) O Juiz não conhecerá da reconvenção. A ação reconvenicional só pode ser admitida se proposta no mesmo prazo e forma da contestação. No caso hipotético, como o espólio apresentou contestação em um determinado dia, deu-se a preclusão consumativa, de forma a impedir que a defesa apresentasse reconvenção no dia seguinte (mesmo que dentro do prazo para se defender).

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 08 – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Considere a seguinte situação hipotética e, em seguida, responda os itens abaixo de forma fundamentada:

“Trata-se de ação de compensação por danos morais proposta por Cremilda em face de Ralciele. Aduz que esteve grávida de feto anencefálico e, diante de plurais diagnósticos médicos conclusivos da completa inviabilidade de vida extrauterina, propôs medida judicial que, por sua vez, resultou em autorização judicial para a interrupção da gravidez.

Após o terceiro dia de internação em Unidade Hospitalar para ultimar o fim da gestação, Ralciele, um religioso da comunidade, propôs ação de Habeas Corpus em favor do feto, obtendo, por esse meio, medida judicial impeditiva do abortamento. Na argumentação do HC fez duras críticas à mãe, chamando-a, inclusive, de “assassina”. Em virtude exclusivamente dessa medida judicial obtida por Ralciele (liminar em Habeas Corpus), a Autora, que já se encontrava internada em hospital e iniciada nos protocolos médicos, não pode prosseguir com a interrupção da gravidez.

Cinco dias depois, a Autora, ainda internada no hospital (no curso do 5º mês de gestação), deu à luz a espontaneamente ao bebê, todavia, 45 minutos depois do nascimento, ele morreu pelas razões de malformação acima mencionadas

Frente a todo esse cenário de estresse e preparação hormonal e psicológica, Cremilda ainda teve que ultimar as certidões de nascimento e óbito, assim como o enterro da criança.

Conclui a Autora afirmando que possuía vários e uníssonos posicionamentos de médicos especializados, assim como de “alvará judicial” autorizativo para o procedimento de interrupção da gravidez, mas que, por conta da atitude do Réu, sofreu incalculável dor moral. Afirma, pois, que a atitude de Ralciele foi abusiva ao se valer de seu direito de ação para tentar obstar a interrupção da gravidez.

Responda os itens abaixo de forma fundamentada:

a) de acordo com a situação hipotética acima, quais são as previsões no Código Civil para se afirmar que um abuso de direito é um ato ilícito e pode gerar uma tutela reparatória? Trata-se de responsabilidade com ou sem culpa?

b) de acordo com a situação hipotética acima, na visão do STJ houve abuso de direito indenizável por parte de Ralciele, ou esse Réu apenas exerceu o direito constitucional de ação?

c) de acordo com a situação hipotética acima, o fato de o Réu ter se valido de uma ação de Habeas Corpus é suficiente para romper onexo causal e, assim, o pedido da Autora ser julgado improcedente?

d) de acordo com o direito sucessório, qual a diferença entre nascituro e prole eventual? Tanto o nascituro quanto a prole eventual podem receber bens na sucessão?

RESPOSTA

a) O abuso de direito está previsto no artigo 187 do CC e nesse normativo está expressa a afirmação de que se trata de um ato ilícito. Ele se caracteriza quando alguém “tem um direito” e o excede, ou seja, é o exercício irregular de um direito.

O abuso “consiste em um ato jurídico de objeto lícito (usar a ação de Habeas Corpus), mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (LIMONJI FRANÇA, Rubens. Enciclopédia Saraiva de Direito, cit. P.45).

O abuso de direito gera o dever de indenizar se vier a causar dano a alguém (citar necessariamente o artigo 927 do CC).

O artigo 187/CC prevê hipótese de responsabilidade objetiva (sem culpa). Nesse sentido o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, de 2004: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

b) Para o STJ, em caso semelhante, houve abuso de direito indenizável (REsp 1.467.888/GO, Min. Nancy Andrighi), pois o Réu buscou imprudentemente o seu exercício de ação, fazendo perecer o direito da Autora.

Não é legítima a tese de que o Réu apenas exerceu um direito que a CF autoriza, pois esse buscou a tutela estatal (o HC) para defender suas ideias particulares sobre a interrupção da gestação mas, ao fazer algo que em princípio era legítimo, findou por agredir os direitos inatos da Autora.

c) A busca do Poder Judiciário por uma tutela de urgência traz, para àquele que a maneja, o ônus da responsabilidade pelos danos que porventura a concessão do pleito venha a produzir, mormente quando ocorre hipótese de abuso de direito.

No manejo do habeas corpus o Réu, sequencialmente:

- violou a intimidade e a vida privada da Autora, tentando fazer prevalecer sua posição particular em relação à interrupção da gestação, mesmo estando ela amparada, na decisão que tomou, por tutela judicial;
- agrediu-lhe a honra ao denominar a atitude que tomou, sob os auspícios do Estado, de assassinato;
- agiu temerariamente (quando pediu a suspensão do procedimento médico de interrupção da gravidez, que já estava em curso) e impôs à mãe sofrimento inócuo, pois como se viu, os prognósticos de inviabilidade de vida extrauterina se confirmaram.

Assim, o fato do Réu ter se valido de uma ação constitucional não rompe com o nexo causal e gera responsabilidade civil, causando, via de consequência, a procedência do pedido autoral.

d) Nascituro é o ser concebido, mas não nascido, que ainda se acha nas entranhas maternas.

A prole eventual não passa de mera expectativa, sendo tratado no CC como “filhos ainda não concebidos”.

Ambos podem receber bens na sucessão.

O nascituro pode por força do artigo 1.798/CC ser legitimado sucessório passivo, tanto para a sucessão legítima quanto para a testamentária.

Já os “filhos não concebidos” estão na sucessão testamentária. A lei permite que lhe sejam atribuídos bens na sucessão e que ficará sob a guarda de curador nomeado pelo juiz, pelo prazo de 2 anos, dentro do qual, salvo disposição em contrário do testador, deverá ser concebido o herdeiro esperado, e, tal não ocorrendo,

os bens serão deferidos aos herdeiros legítimos (arts. 1799, I e 1800, CC).

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 09 – DIREITO EMPRESARIAL

Acerca da proteção das marcas, até mesmo em juízo, responda aos seguintes questionamentos, em conformidade com a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, indicando, se o caso, quando há convergências ou divergências entre as posições do STF e do STJ, bem como os dispositivos constitucionais e legais que fundamentem a resposta.

- a)** quais são os requisitos de validade analisados pelo INPI para o registro de uma marca? Explique cada um.
- b)** quais são os princípios fundamentais que delimitam a proteção das marcas? Explique cada um.
- c)** existe relação da marca de alto renome com os princípios indicados na resposta ao item “b”? Explique;
- d)** quem são os legitimados a ajuizar ações em defesa da marca e como se prova tal legitimidade, fornecendo ao menos um exemplo no qual o Superior Tribunal de Justiça analisou a legitimidade do autor para defesa da marca? Explique;
- e)** Na hipótese de ação para proteção da marca em face de contrafação ou de concorrência desleal, quem são os legitimados passivos, as hipóteses de cumulação de pedidos, de litisconsórcio passivo e sua natureza jurídica – a depender do pedido deduzido?
- f)** indique qual é o juízo competente se o pedido envolver invalidação de registro concedido pelo INPI e o juízo competente na hipótese de envolver apenas entes privados, como, por exemplo, na contrafação e na concorrência desleal, mencionando as implicações quanto à competência quando o fato constituir também crime? Explique.

RESPOSTA

a) Para obter o registro como marca, o sinal pretendido necessita atender aos os requisitos de validade das marcas: distintividade (sinal distintivo em relação aos demais, objetivando o legislador garantir a possibilidade a cada concorrente de identificar e diferenciar seu produto e/ou serviço no mercado, afastando o risco de confusão e/ou associação entre os produtos/serviços, assegurando ao consumidor a possibilidade de escolha e, por consequência, a manutenção da livre e saudável concorrência no mercado), disponibilidade (disponível é o sinal que ainda não foi apropriado por terceiro para identificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim ao pretendido. Mas, não é somente a anterioridade de marcas que é afetada pela disponibilidade, a anterioridade de outros sinais distintivos e de direitos de terceiros que possam impedir a apropriação com exclusividade do sinal marcário por quem o deseje, também configura obstáculo) e licitude (lícito, por fim, é o sinal que não contraria a ordem pública, moral e bons costumes, bem como não possui caráter enganoso.)

b) As marcas em geral têm sua proteção delimitada por dois princípios fundamentais: o princípio da territorialidade, que assegura a tutela da marca em todo o território nacional, e o princípio da especialidade,

pelo qual se restringe a extensão da proteção das marcas ao ramo de atividade no qual a marca é usada e foi registrada.

c) O alto renome decorre do grande conhecimento que se tenha da marca (notoriedade), trata-se de um conhecimento que extrapola o ramo de atividade no qual o serviço e/ou produto assinalado está, é uma proteção ampliada que ultrapassa os limites do princípio da especialidade e que restringe a proteção ao segmento de atuação requerido pelo titular. É uma proteção que se diferencia da proteção tradicional pois extrapola o ramo de atividade do titular da marca.

d) É legitimado a ajuizar ações em defesa da marca aquele que detiver direito ao seu uso exclusivo, com base no registro, depósito, notoriedade, pré-uso ou outra anterioridade qualquer. O titular do registro poderá comprovar sua legitimidade exibindo o certificado de registro, as cópias da Revista de Propriedade Industrial nas quais sua concessão tiver sido publicada ou ainda um extrato do banco de dados do INPI com as informações relativas ao registro. Cada um destes documentos é prova oficial idônea a comprovar a titularidade da marca. O cessionário também tem direito de ação para proteger o uso exclusivo da marca, mesmo que o contrato de cessão ainda não tenha sido averbado perante o INPI. Acerca das decisões do STJ sobre a legitimidade, tem-se que: (i) a demora na averbação do contrato não pode deixar impune a contrafação, de modo que "a falta de registro da transferência não impede que o cessionário defenda seu direito ao uso exclusivo da marca".(Resp 36.102); OU, (ii) o mero sócio não tem legitimidade para defender direito pertencente à empresa. (Resp 1.188.151); OU, (iii) ação pode ser proposta pelo prejudicado, de forma isolada ou em conjunto com o licenciado ou distribuidor local, que também sofre os efeitos nocivos da contrafação ou concorrência desleal. (Resp 466.460); OU, (iv) O licenciado pode ser investido de poderes para litigar de forma isolada, na qualidade de legitimado extraordinário à defesa dos direitos do licenciante (art. 139, parágrafo único da LPI). O licenciado também pode atuar como legitimado ordinária (Resp 466.360), mas nessa hipótese a demanda contra o infrator não deve ser fundamentada no registro de marca pertencente ao licenciante, mas na concorrência desleal sofrida pelo licenciado (desvio desleal de clientela).

e) A ação pode ser movida contra um único réu ou contra outros que também estejam violando a marca, ainda que não haja ligação entre eles. Contudo, se o autor opta por ajuizar a demanda apenas contra o revendedor dos produtos contrafeitos, não pode ser obrigado a litigar também contra o fabricante. Fabricação e venda são condutas distintas, isoladamente suficientes para ensejar violação à marca (cf. arts. 189 e 190 da Lei 9.279/96). Tanto o fabricante quanto o revendedor lucram com a contrafação. Como suas responsabilidades não se confundem, podem ser acionados em conjunto ou separadamente. ~~O revendedor eventualmente poderá denunciar à lide ao fabricante (art. 125 do CPC).~~ A necessidade ou não do litisconsórcio depende da natureza do pedido deduzido em juízo. Se o pedido for condenatório, o litisconsórcio será facultativa simples, pois a ação pode ser julgada de forma diferente para cada réu, sem que todos eles precisem figurar na mesma demanda. Já os pedidos desconstitutivos dão origem a litisconsórcios necessários unitários, pois todos os que praticaram o ato ou foram diretamente favorecidos por ele devem participar da ação que objetiva sua invalidação. As ações de nulidade de registro devem ser ajuizadas contra o titular da marca e contra o INPI. Da mesma forma, a ação que busca revogar o indeferimento de um pedido de registro de marca deve ser proposta contra o INPI e os titulares dos registros conflitantes que fundamentaram o indeferimento, que foram favorecidos pelo ato questionado na ação.

f) Se todos os pedidos se voltam unicamente contra um ente particular (como ocorre numa demanda de contrafação), a ação deve ser proposta na Justiça Estadual. Em contrapartida, se o pedido objetiva invalidar um registro de marca concedido pelo INPI, a ação deve tramitar numa vara cível da Justiça Federal (cf. art. 109, I, da Constituição Federal e art. 175 da LPI). A Justiça Federal do Rio de Janeiro é onde o INPI tem sede. O art. 109, § 2º, da Constituição Federal permite, porém, ajuizar a ação de nulidade do registro de marca no foro do autor (ou do local do fato). A regra geral de competência das ações movidas contra entes privados preconiza que em regra a demanda seja ajuizada no foro de domicílio do réu. Quando há mais de um réu, o autor pode optar pelo foro de qualquer um deles. Contudo, como os atos de contrafação ou de concorrência

desleal são crimes previstos na LPI, é possível instaurar o litígio no foro do autor ou do local do fato, como autoriza o inciso V do art. 53 do CPC: "é competente o foro: V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito [...]". Esse dispositivo derroga a regra geral prevista no art. 46 do CPC. (Embargos de Divergência em agravo nº 783280/RS, Resp 681.007, Resp 89.642). Para a incidência do inciso V do art. 53 do CPC não é necessário ter havido prévia condenação do réu em instância penal (Resp 681.007), pois a competência é definida com base na mera alegação da prática de delito (*in status assertionis*), sendo indiferente sua efetiva ocorrência (questão de mérito). A aplicação dessa regra especial de competência não é afastada pelo fato da demanda cumular o pedido indenizatório com o pedido de cessação de uso (Resp 681.007), pois ambos se destinam a reparar o dano sofrido em razão do delito, seja indenizando o prejuízo causado, seja evitando sua reiteração. Quando o delito está sendo praticado em vários locais (venda de produtos contrafeitos em diversas lojas, por exemplo), qualquer um deles é apto para fixar a competência.

**XLIV Concurso Público para Provimento de Cargos de
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

PROVA ESCRITA – DISCURSIVA

SEGUNDA ETAPA – 31/03/2023

Questão 10 – DIREITO DO CONSUMIDOR

a) Em viagem ao exterior, comemorativa de seus 75 anos de idade, Maria deixou de realizar vários passeios luxuosos e de alto custo em virtude de bloqueio do cartão de crédito fornecido por sua filha para custear integralmente a viagem e cuja utilização, neste sentido, foi comunicada à operadora de cartão de crédito. Segundo a Operadora de cartão de crédito e o Banco, tal bloqueio decorreu da observância da concessão responsável de crédito. Retornando ao Brasil, Maria ajuizou ação em face do Banco e da Operadora de cartão de créditos, pleiteando indenização por danos morais alegando ter sido atingida pela conduta dos réus, o que violou seus direitos da personalidade. Por seu turno, a filha de Maria também ajuizou ação de indenização por danos morais apontando a abusividade da conduta dos réus. Considerando a situação concreta, qual deve ser a decisão do juiz competente em cada uma das ações, consideradas necessariamente as condições da ação e o mérito.

b) Após realizar entrega de bebidas no restaurante GAIA, a transportadora DELTA – que realiza o transporte das bebidas da fabricante MELVA – ao iniciar o movimento do veículo em via pública, deixou cair em frente ao mencionado restaurante inúmeras garrafas de vidro que se quebraram e que continham bebidas da fabricante MELTA. O preposto do restaurante não recolheu as garrafas. No dia seguinte, uma criança, seguindo seu caminho para a escola, sofreu lesões corporais ao pisar nos referidos cacos espalhados pelo chão da via pública. A criança, representada pelos pais, ajuizou ação de reparação pelos danos morais e materiais sofridos em razão do fato ora narrado em face da de GAIA, DELTA e MELVA. Disserte acerca da responsabilidade civil dos envolvidos, indicando os dispositivos legais e constitucionais que fundamentem a decisão do juiz competente para a causa, abordando aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

RESPOSTA

a.1) O conceito básico de consumidor está previsto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas é ampliado para equiparar à qualidade de consumidor aquele que sofre as consequências de um evento danoso, muito embora não seja partícipe direto da relação de consumo. É a figura do consumidor por equiparação (bystander), prevista no art. 17 do CDC. Contudo, esse dispositivo só é aplicável à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, tratada nos arts. 12 a 16 do CDC, e não à responsabilidade pelos vícios de inadequação do produto e serviço, objeto dos arts. 18 a 25 do CDC. O candidato deverá ser capaz de identificar que na situação trazida não houve um defeito exterior que ultrapassasse o objeto e provocasse lesões, gerando risco à segurança física e psíquica do consumidor (fato do produto ou do serviço), mas sim um prejuízo exclusivamente patrimonial intrínseco à utilização do produto ou serviço (vício por inadequação), no caso, do cartão de crédito, contratado pela filha de Maria.

a.2) Dessa forma, o candidato deverá identificar que Maria não detém legitimidade ativa para ajuizar ação de indenização por danos morais contra o Banco ou a Operadora de cartão de crédito, por se tratar de vício de serviço (vício por inadequação), que não admite a figura do consumidor por equiparação (bystander). A

ação deve ser julgada extinta, sem apreciação de mérito, nos termos do ~~art. 475, VI, do CPC~~ **art. 485, VI, do CPC**.

a.3) O candidato deverá identificar que a prevenção ao superendividamento é o objetivo central do sistema introduzido no CDC pela Lei nº 14.181/2021, como se extrai dos novos princípios inseridos arts. 4º, inciso X; 5º, VI; e 6º, XI e XII, sendo o crédito responsável um direito básico do consumidor (art. 6º, XI, CDC). O candidato deverá identificar que a observância do princípio do crédito responsável significa que as medidas atinentes à prevenção ao superendividamento são aplicáveis às dívidas decorrentes da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor (art. 54-A, §3º), muito embora as atinentes ao tratamento não o sejam.

a.4) O candidato deverá identificar que a filha de Maria é a destinatária final dos serviços contratados (consumidora “strictu sensu”), nos termos do art. 2º do CDC, e detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de indenização pelos danos morais que entende ter sofrido. O candidato deverá identificar que a (in)adequação da conduta do Banco e da Operadora de Cartão de Crédito, para fins de responsabilidade por vício de adequação (arts. 18 a 25 do CDC) deverá ser analisada, no caso concreto, tomando por base o princípio do crédito responsável a partir da informação prestada quanto à finalidade do crédito pretendido e suas expectativas legítimas (viagem comemorativa ao exterior) e a análise da capacidade de reembolso do consumidor (art. 54-D), observando-se os deveres anexos de cooperação e proteção da boa-fé objetiva.

b.1) O candidato deverá identificar que a defesa do consumidor é direito fundamental deste e princípio conformador da atividade econômica, consoante arts. 5, XXXII, e art. 170, V, da CF, e que o direito à prevenção e reparação de danos materiais ou morais está prevista no art. 6º, VI, do CDC.

b.2) O candidato deverá identificar que as lesões corporais sofridas pela criança representam uma repercussão externa (ou extrínseca) do defeito do produto ou do serviço e, portanto, constituem um acidente de consumo, atraindo a normatividade dos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que a criança será enquadrada no conceito de consumidor por equiparação (bystander).

b.3) O candidato deverá identificar que há um único movimento econômico de consumo, pois os produtos fabricados por MELVA ou MELTA são disponibilizados para consumo por GAIA mediante transporte por DELTA, formando uma cadeia de fornecimento cuja composição pode ser mista, de produtos ou serviços. Deverá indicar que os partícipes da cadeia de fornecimento respondem pelo acidente de consumo havido de forma objetiva, com base na teoria do risco da atividade, e solidária (princípio da solidariedade), nos termos dos arts. 3º e 7º, parágrafo único, do CDC. Deverá comentar a peculiar situação do comerciante, a teor do art. 13, do CDC. Deverá o candidato pontuar que é critério do consumidor indicar quem irá figurar no polo passivo da ação, se um ou todos os fornecedores, e que caberá direito de regresso na medida da participação na causação do evento lesivo àquele que reparar os danos.

b.4) Deverá o candidato pontuar que o nexo causal (relação de causalidade) entre o dano (acidente ocorrido) e serviço prestado há de ser demonstrado, e que eventual excludente de responsabilidade incumbe ao fornecedor ante a inversão *ope legis* do ônus da prova, conforme art. 14, 3º, CDC. Deverá, ainda, indicar que a jurisprudência é no sentido de que o dano moral se opera pelo simples fato da violação da incolumidade do consumidor, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo (dano *in re ipsa*).