ENADE COMENTADO

DIREITO 2012

CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON (Organizadores)















Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

CHANCELER

Dom Jaime Spengler

REITOR

Joaquim Clotet

VICE-REITOR

Evilázio Teixeira

CONSELHO EDITORIAL

Jorge Luis Nicolas Audy | **PRESIDENTE**Jeronimo Carlos Santos Braga | **DIRETOR**Jorge Campos da Costa | **EDITOR-CHEFE**

Agemir Bavaresco
Ana Maria Mello
Augusto Buchweitz
Augusto Mussi
Bettina Steren dos Santos
Carlos Gerbase
Carlos Graeff Teixeira
Clarice Beatriz da Costa Sohngen
Cláudio Luís C. Frankenberg
Erico João Hammes
Gilberto Keller de Andrade
Lauro Kopper Filho

ETADE COMENTADO

DIREITO 2012

CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON (Organizadores)











DESIGN GRÁFICO [CAPA] Rodrigo Braga

DESIGN GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO] Francielle Franco

REVISÃO DE TEXTO Fernanda Lisbôa

Edição revisada segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.



EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33 Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900 Porto Alegre – RS – Brasil

Fone/fax: (51) 3320 3711

E-mail: edipucrs@pucrs.br – www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ES6 ENADE comentado : direito 2012 [recurso eletrônico] / orgs.

Clarice Beatriz da Costa Söhngen, Elton Somensi de
Oliveira, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon. – Dados
eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2014.
89 p.

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: http://www.pucrs.br/edipucrs ISBN 978-85-397-0522-1

1. Educação Superior – Brasil – Avaliação. 2. Exame Nacional de Cursos (Educação). 3. Direito – Ensino Superior. I. Söhngen, Clarice Beatriz da Costa. II. Oliveira, Elton Somensi de. III. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila.

CDD 378.81

Ficha catalográfica elaborada pelo Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Sumário

APRESENTAÇÃO	c
Questão 9	7
Questão 10	11
Questão 11	13
Questão 12	15
Questão 13	17
Questão 14	20
Questão 15	23
Questão 16	26
Questão 17	28
Questão 18	32
Questão 19	34
Questão 20	37
Questão 21	41
Questão 22	43

Questão 24	49
Questão 25	51
Questão 26 (ANULADA)	53
Questão 27	55
Questão 28	59
Questão 29	65
Questão 30	68
Questão 31	72
Questão 32	76
Questão 33	78
Questão 34	80
Questão 35	82
Questão Discursiva 03	84
Questão Discursiva 04	87
Questão Discursiva 05	80

APRESENTAÇÃO.

O Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade) objetiva avaliar o rendimento dos alunos dos cursos de graduação, ingressantes e concluintes, em relação aos conteúdos programáticos dos cursos em que estão matriculados.

É importante observar que o exame é obrigatório para os alunos selecionados e condição indispensável para a emissão do histórico escolar. A periodicidade máxima da avaliação é trienal para cada área do conhecimento. No caso do Curso de Direito, o exame já foi realizado em 2006, 2009 e 2012.

A Faculdade de Direito da PUCRS, em reconhecimento pleno da relevância dessas avaliações, publicou o Enade Comentado 2006 e o Enade Comentado 2009; e, nesta oportunidade, apresenta a publicação do Enade Comentado 2012.

As publicações visam contribuir para os estudos acadêmicos e profissionais dos alunos do Direito; assim como provocar, por meio da reflexão e análise das questões propostas, a aproximação dos instrumentos de avaliação a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar.

Assim, convidamos todos os interessados a realizarem a leitura do Enade Comentado 2012, com base no conhecimento jurídico e desenvolvimento do raciocínio lógico, diante das problemáticas propostas.

Professora Clarice Beatriz da Costa Söhngen



O caráter especial dos diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro: eles estão abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. [...] A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 349.703-1/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 03/12/2008, DJe de 05 jun. 2009 (adaptado).

No que se refere à aplicação dos dispositivos dos tratados internacionais no direito interno, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

 A recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – pelo ordenamento jurídico brasileiro acarretou impedimento legal à prisão civil do depositário infiel.

PORQUE

II. A previsão constitucional para prisão civil do depositário infiel foi revogada por força do *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- **D.** A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.



Gabarito: (C)

Autor: Cláudio Lopes Preza Junior

COMENTÁRIO

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma posição especial. A questão, desde a promulgação da Constituição de 1988, ganhou novos contornos dentro da tradição constitucional brasileira devido ao § 2°, in fine, do art. 5°, o qual determina que:

Art. 5° [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, abriu-se uma renovada discussão sobre qual o status dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, em especial aqueles que versam sobre direitos humanos, uma vez que o § 2º encontra-se justamente dentro do artigo 5º, o qual versa exclusivamente sobre os direitos e as garantias fundamentais.

A principal celeuma se dá em torno da possibilidade de um tratado internacional do qual a República Federativa do Brasil venha a ratificar, que verse sobre direitos humanos, acabar por ser "denunciado" indiretamente quando uma lei com teor contrário for sancionada pelo Executivo nacional.

Como pela simples redação do § 2º do artigo 5º não se estabelece quorum diferenciado para aprovação destes tratados, os mesmos eram aprovados segundo as regras do artigo 47 da Constituição, ou seja, presente a maioria absoluta dos membros de cada uma das casas do Congresso (quorum de instalação), o projeto de lei está aprovado pela maioria simples (quorum de votação), isto é, contam-se os votos a favor, os votos contra e ainda as possíveis abstenções.

Outra possibilidade, ainda no campo do processo legislativo, seria do tratado que porventura tratasse de tema que segundo a Constituição exigisse o quorum de maioria absoluta estabelecido para as chamadas leis complementares segundo o seu artigo 69.

Assim, o ordenamento pátrio podia assistir a possibilidade da revogação de um tratado internacional devidamente internalizado pela sanção de uma lei interna (ordinária ou ainda complementar, mas sempre infraconstitucional) com disposições contrárias ao seu texto!

Dentro desse contexto, surgiu a Emenda Constitucional nº 45/2004. Essa emenda introduziu, entre outras mudanças na Constituição, o § 3º no artigo 5º, o qual determina que:

Art. 5° [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Com essa alteração, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez que venham a ser "identificados" pelo Congresso Nacional como tais e sejam aprovados com o quorum



especial de três quintos dos membros de cada uma das casas legislativas federais e em dois turnos em cada, terão *status* de Emendas à Constituição.

Dessa maneira, com o surgimento deste § 3º fica afastada a possibilidade de um tratado internacional, o qual verse sobre direitos humanos, de ser "revogado" pela aprovação e sanção de uma lei ordinária – lei interna portanto – com texto contrário à Convenção Internacional. Isso porque esses tratados deixam de ser "supralegais" e passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a partir de seu novo *status* constitucional.

Por óbvio, a nova realidade imposta pela Emenda Constitucional nº 45/2004 suscita uma série de outras dúvidas, como, por exemplo, a possibilidade de divergência de "interpretação" entre a Presidência da República e o Congresso Nacional sobre o teor das especificações do tratado quanto aos direitos fundamentais.

Contudo, existem outras dúvidas ainda, como, por exemplo, o tratamento dos tratados sobre direitos humanos ratificados e devidamente internalizados antes do surgimento da EC nº 45/2004. É o caso justamente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual a República Federativa do Brasil manifestou sua ratificação no cenário externo e realizou a internalização da mesma no ordenamento jurídico pátrio anteriormente ao aparecimento do § 3º do artigo 5º da Constituição.

Abreviando todas as considerações que poderiam ser feitas a respeito desse, digamos, novo fenômeno, o STF já havia se manifestado sobre a questão do *status* dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos dentro do sistema jurídico brasileiro. Assim, no RE nº 349.703-1/RS, julgado ainda em 2008, o Supremo determinou que esses tratados encontram-se numa posição privilegiada dentro da pirâmide hierárquica das normas que se encontram abaixo da Constituição: estão acima da legislação infraconstitucional e abaixo das normas constitucionais, são, portanto, supralegais.

Com essa interpretação, o STF pode então determinar que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados e devidamente internalizados pelo Estado brasileiro, não podem ter sua aplicação afastada por legislação infraconstitucional contrária ao seu texto, independentemente de a lei nacional ser anterior ou posterior ao tratado. E isso também, podemos inferir logicamente, para esses mesmos tratados internalizados antes das determinações do § 3º do artigo 5º introduzido pela EC nº 45/2004.

Logo, a disposição do Pacto de San José da Costa Rica sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel torna a legislação pátria existente que a regula ilícita. Essa é a determinação inclusive da Súmula Vinculante nº 25, surgida após o julgamento reiterado de diversos recursos similares ao RE nº 349.703-1/RS, a qual determina que: "Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (Plenário 16.12.2009)".

E isso apesar da manutenção da redação do artigo 5°, inciso LXVII, da Constituição: "Art. 5° [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Logo, o candidato deve dominar todas essas informações e a evolução histórica, destacando-se a mais recente, sobre a discussão da incorporação de um tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente daqueles que tratam sobre direitos humanos.

Para a solução da questão, o candidato deve atentar que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e não foram incorporados ao ordenamento nacional conforme as determinações do § 3º do artigo 5º da Constituição, possuem o status de supralegais. Portanto, eles não têm sua aplicação afastada pela lei interna, seja ela sancionada anterior ou posteriormente a internalização do diploma internacional.

Ainda, por serem supralegais, não ocorre em relação aos tratados sobre direitos humanos, a incidência das regras de aplicação das leis no tempo. Dentre essas regras temos que existindo leis do mesmo *status*, quando tiverem determinações conflitantes entre si, a posterior revogará a anterior. No entanto, como dito, aos tratados "posicionados" como supralegais, não diremos que "revogam" as



disposições em contrário, mas sim que "tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão" (nos próprios termos do STF segundo o acórdão do RE nº 349.703-1/RS).

Assim, a assertiva I está correta ao dizer que: "I – A recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica — pelo ordenamento jurídico brasileiro acarretou impedimento legal à prisão civil do depositário infiel".

Está de acordo com as considerações feitas acima sobre a supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que não foram aprovados de acordo com as regras do § 3º do art. 5º da Constituição (se fossem aprovados segundo este § 3º, teriam o *status* de Emenda Constitucional).

Contudo, a assertiva **II não está correta:** "II. A previsão constitucional para prisão civil do depositário infiel foi revogada por força do status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil".

Como analisamos, o tratado supralegal não revoga a legislação nacional correlata, mas a torna inaplicável – poder-se-ia afirmar que não se trabalha na dimensão da validade, apenas na dimensão da eficácia.

Ainda, a assertiva II está equivocada porque o Pacto de San José da Costa Rica, ao ser supralegal, mas infraconstitucional – segundo o entendimento majoritário do STF –, jamais poderia "revogar" dispositivo constitucional (no caso a previsão da prisão do depositário infiel – art. 5°, LXVII, da Constituição de 1988).

Assim, repetimos, o que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – faz, ao ser devidamente internalizado em nosso ordenamento jurídico, segundo o entendimento de nosso Supremo Tribunal, é tornar inaplicável a legislação interna relacionada à questão.

A Súmula Vinculante nº 25, citada acima, faz justamente isso, ao dizer que a prisão do depositário infiel, seja qual for sua modalidade, é ilícita, e não inconstitucional!

Portanto, além de equivocada a assertiva II, a mesma, de forma alguma pode ser relacionada com a assertiva I, especialmente quando se pretende estabelecer entre as duas assertivas uma ligação lógica, com a introdução entre elas do conectivo "PORQUE", como a questão pretende fazer.

Assim, partindo do texto original proposto para cada uma das alternativas da questão, dentre as quais apenas uma representa a resposta correta, temos que (comentários destacados abaixo de cada alternativa):

"A) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I".

A alternativa **A não deve ser marcada**, porque a assertiva **II não está correta e a assertiva II não é uma justificativa da I**, como analisamos acima.

"B) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I."

A alternativa **B não deve ser marcada**, porque, mesmo dizendo de forma correta que a assertiva **II não é uma justificativa da assertiva I,** a assertiva **II não está correta**, como analisamos acima.

"C) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa."

A alternativa **C** deve ser marcada por estar correta, pois a assertiva **I** é uma proposição verdadeira, e a assertiva **II** é uma proposição falsa, de acordo com a análise feita acima.

"D) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira."

A alternativa **D** não deve ser marcada, porque inverte justamente os termos, pois a assertiva **I** é verdadeira e a assertiva **II** é falsa!

"E) As asserções I e II são proposições falsas."

A alternativa **E não deve ser marcada**, porque, como analisamos, a assertiva **I** é verdadeira e a assertiva **II** é falsa, logo, as duas não podem ser falsas!

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu o direito dos remanescentes das comunidades de quilombos à propriedade definitiva das terras que ocupam, devendo o Estado emitir os respectivos títulos (Art. 68, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Para dar efetividade ao texto constitucional, foi editado o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras quilombolas. Importante notar que o referido Decreto é objeto de controle da constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal desde 2004, sem julgamento do mérito.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 3.239. Relator Min. Cezar Peluso.

Acerca do processo de reconhecimento e titulação das terras quilombolas, avalie as afirmações a seguir.

- I. Consideram-se comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critério de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.
- II. ICabe ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) regulamentar os procedimentos administrativos necessários à titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.
- III. A caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos deve ser atestada mediante autodefinição da própria comunidade e deve ser levada a registro no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) do Ministério da Cultura.
- IV. É responsabilidade exclusiva da União a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

É correto apenas o que se afirma em

- A. lell.
- B. lell.
- C. III e IV.
- D. I, II e IV.
- E. II, III e IV.



Gabarito: (A)

Autor: Marcus Vinicius M. Antunes

COMENTÁRIO

A resposta à questão nº 10 depende do conhecimento do texto do Decreto 4.887/03, exarado pelo Presidente da República. O Gabarito aponta como resposta correta a solução da alternativa **A**. Essa remete às proposições **I** e **II** como verdadeiras.

A proposição I é transcrição literal do art. 2º do Decreto; a II, transposição quase literal do § 1º do art. 3º. O conteúdo dessas proposições nasce de deliberações político-administrativas. Assim, as respostas propostas nas alternativas C e E podem ser afastadas por mero raciocínio lógico, já que não contemplam nem I nem II.

A proposição **III** é falsa, porque o registro da caracterização dos quilombolas deve ser feito junto à Fundação Palmares, conforme § 4º do art. 3º, e não junto Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. A proposição **IV** é falsa, porque não há competência exclusiva da União para efetuar identificação, delimitação e outros procedimentos relativos às terras ocupadas pelos quilombolas, já que existe competência concorrente – art. 24, VII, da Constituição Federal – para essa atividade administrativa relativa à proteção do patrimônio histórico nacional.

Sumariamente, são as considerações.

QUESTÃO 11 _____



HALVERSON, B. Disponível em: http://revistaescola.abril.com.br>. Acesso em: 09 jul. 2012.

No diálogo entre Calvin e seu pai reproduzido acima, a discussão dos personagens pode ser relacionada a temas da filosofia do Direito. Assim, considerando-se uma suposta norma que houvesse instituído o mandato de pai,

- **A.** a afirmação de Calvin acerca da necessidade de um novo pai suscita a questão da validade da norma.
- **B.** a resposta do pai de Calvin, que nega o término de seu mandato, constitui questão referente à vigência da norma.
- **C.** a afirmação do pai de Calvin sobre a impossibilidade de recontagem de votos evoca um problema de eficácia da norma.
- D. a pergunta feita por Calvin sobre a autoria da "Constituição" levanta questões acerca da eficácia da norma.
- **E.** a informação de que a mãe de Calvin teria participado na redação da "Constituição" evoca questão acerca da vigência da norma.

Gabarito: (B)

Autor: Ricardo Libel Waldman



COMENTÁRIO

A questão refere-se ao problema da vigência da norma que atribui poder (mandato) para o pai, e, nesse sentido, a resposta correta está na alternativa **B**. A resposta **A** está equivocada, porque Calvin não questiona a validade da norma que instituiu o mandato de pai, mas, sim, quando aquela norma deixará de vigorar. A alternativa **C** está incorreta, porque a resposta no sentido da impossibilidade de recontagem se refere ao conteúdo da norma e não sobre a eficácia social, cumprimento ou não da norma. A alternativa **D** diz respeito à validade da norma, o suposto autor teria competência para criar a constituição e não sua eficácia. Do mesmo modo, a alternativa **E** ao tratar da autoria trata, na verdade, da validade.



A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e(ou) resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8-13 (adaptado).

Considerando o acesso à Justiça como um dos temas relevantes da processualística contemporânea, bem como a repercussão, no ordenamento jurídico brasileiro, do movimento de acesso à Justiça iniciado por Cappelletti e Garth, no sentido de superação dos obstáculos para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, conclui-se que

- A. a autorização de julgamento por amostragem de recursos especiais interpostos constitui obstáculo ao acesso à Justiça, pois pode prejudicar uma das partes pelo fato de não haver análise detalhada do recurso.
- **B.** o direito de acesso à Justiça não implica, necessariamente, direito de acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a compatibilização do direito substancial com a realidade social, judicialmente.
- C. a restrição do direito à assistência judiciária constitui um dos retrocessos no acesso à Justiça trazidos pela Constituição Federal de 1988.
- D. a alteração do cumprimento das sentenças e o procedimento sumaríssimo da Justiça do Trabalho são exemplos de reestruturação de práticas tradicionais no Brasil sob a perspectiva da ampliação do acesso à Justiça.
- E. as violações de caráter difuso, ou seja, as lesões causadas ao cidadão, individualmente, em diferentes esferas do seu patrimônio jurídico constituem obstáculo ao acesso à Justiça, em razão do alto custo do processo.

Gabarito: (D)

Autor: Cláudio Ari Pinheiro de Mello



COMENTÁRIO

A alternativa **A** contém um erro que já a exclui como resposta certa. Não existe, no direito processual brasileiro, autorização legal para julgar recursos especiais por amostragem, como consta no texto. Recurso especial é o nome do recurso que pode ser interposto para que o Superior Tribunal de Justiça reaprecie decisão dos tribunais de segunda instância, conforme artigo 105, III, da Constituição Federal. Não se pode dizer que o regime de julgamento de recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, corresponda a um julgamento "por amostragem". O que a norma referida permite é que o STJ escolha um ou mais recursos que contenham discussão sobre uma determinada tese jurídica, cuja controvérsia se repete em muitos recursos especiais ou recursos que tramitam nos tribunais inferiores. Ao julgar o recurso especial representativo da controvérsia, a Corte está julgando a tese replicada em todos os demais recursos especiais. Posteriormente, a decisão do caso paradigmático é aplicada individualmente a cada recurso que trata da mesma controvérsia. Não há, pois, julgamento por amostragem e, por via de consequência, não há ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça.

A alternativa **B** está também errada e seu erro é trivial. É evidente que o direito fundamental de acesso à justiça não envolve imediatamente o direito a um sistema jurídico justo. Não podemos eliminar a possibilidade de que as pessoas tenham direito a uma ordem legal justa. Sem dúvida essa é uma questão central da filosofia do direito. Contudo, o direito de acesso à justiça não tem essa ambição. Ele se restringe a garantir às pessoas a possibilidade de submeterem seus conflitos jurídicos a um órgão judicial, independentemente da justiça ou da injustiça das normas aplicáveis ao seu caso. Em síntese, acesso à justiça é acesso ao poder judiciário, e não a uma ordem jurídica justa.

A Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas principais características justamente a ampliação do acesso à justiça. A própria inclusão do direito de acesso à justiça no catálogo dos direitos fundamentais é uma demonstração dessa evolução. Mas é na extensão da atuação do Ministério Público na defesa de direitos coletivos e na criação da Defensoria Pública para tutela dos direitos dos hipossuficientes que podemos ver com mais clareza essa evolução da ordem constitucional brasileira em relação ao acesso à justiça. Errada a alternativa **C**, portanto.

A alternativa **D** efetivamente contempla duas inovações legislativas que facilitaram o acesso à justiça. Ambas as inovações visaram dar mais efetividade e mais celeridade no processamento e julgamento aos processos judiciais referidos na alternativa. Atualmente há um consenso no sentido de que o acesso à justiça implica direito a um processo célebre e efetivo. Assim, essa é a resposta certa.

Sem dúvida o alto custo dos serviços judiciais sempre foi um entrave ao acesso ao poder judiciário. Entretanto, não há uma relação de causalidade ou de dependência entre as violações difusas e individuais ao patrimônio jurídico dos cidadãos e o alto custo dos processos. Um processo não se torna mais caro porque trata de violação a qualquer tipo de bem componente do patrimônio jurídico de uma pessoa, qualquer que seja o conceito que se possa emprestar a esse enigmático e incomum conceito. Está errada, portanto, essa alternativa.



A Constituição brasileira de 1988 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231). Sobre o processo de demarcação das terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, em conformidade com a Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça (Petição nº 3.388-RR, j. 19/03/2009).

Tendo como base os dispositivos da Constituição Federal e as decisões do judiciário a respeito da demarcação das terras indígenas, verifica-se que

- **A.** os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram reconhecidos no texto constitucional, mas são exercidos com base em ato constitutivo de demarcação, de competência da União.
- **B.** a demarcação de terras indígenas deve ser feita em áreas fora de unidades de conservação, já que aos índios é permitido o uso dos recursos naturais de suas terras.
- **C.** as terras indígenas, quando devidamente demarcadas, constituem território político dos índios, reconhecido e protegido pela União.
- D. as terras indígenas podem ser objeto de arrendamento, desde que assim autorizado pela Fundação Nacional do Índio (Funai).
- E. a competência para a demarcação de terras indígenas é da União, na esfera do poder executivo.

Gabarito: (E)

Autora: Márcia Andrea Bühring

COMENTÁRIO

A Constituição brasileira de 1988 dedicou um capítulo específico aos índios, capitulo VII, dentro do Título VIII da Ordem Social, e que tem como base o "primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais", nesse contexto, aponta o artigo 231 que: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus



bens".¹ É o que se percebe, também, da leitura do artigo 20 da XI da Constituição Federal, portanto: São bens da União: "[...] as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios".

Apenas para situar o caso "Raposa Serra do Sol", vale lembrar, que essa demarcação "se estendeu por mais de trinta anos". A Fundação Nacional do Índio (Funai), em 1993, propôs ao Ministério da Justiça que fosse reconhecida a extensão de 1,67 milhão de hectares contínuos da Terra Indígena. Em 1996, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por Decreto de nº 1775/96, permitiu no processo o princípio do contraditório, o que resultou em "mais de quarenta contestações administrativas foram apresentadas contra o reconhecimento proposto pela FUNAI", que foram negadas pelo Ministro da Justiça, Nelson Jobim. Em 1998, Renan Calheiros, como chefe do Ministério da Justiça, assinou portaria "declarando a região da Raposa Serra do Sol como de posse permanente dos povos indígenas em área contínua. Contudo, em 1999, o governo de Roraima ingressou com o mandado de segurança de nº 6.210/99 pedindo a anulação da portaria". Já em 2002, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) negou provimento ao pedido, o que permitiu a continuidade do processo de demarcação. Mas, foi em 2005, após o Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos assinar a Portaria de nº 534/2005

determinando para quais grupos indígenas a posse permanente seria destinada, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva assinou decreto determinando a homologação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e estabelecendo que a região do Parque Ambiental do Monte Roraima seria submetida a um regime jurídico de dupla afetação na medida em que é unidade de conservação, mas também deve servir à realização dos direitos constitucionais dos índios.

Também em 2005, ajuizou-se no STF (Supremo Tribunal Federal) a Petição 3.388/RR contra a União "impugnando o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena". O STF foi além com a decisão, visto que, aplicável a outros casos de conflitos demarcatórios, foi uma postura inovadora, conforme aponta o voto do Ministro Menezes Direito: "A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance".3

Por fim, o STF, por meio de seus ministros decidiu:

¹ Como enunciam os parágrafos do artigo 231:

[&]quot;§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[&]quot;§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[&]quot;§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

[&]quot;§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

[&]quot;§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

[&]quot;§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. "§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º."

² Histórico completo disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em: 23 jun. 2014.

³ Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. STF, Petição 3.388/RR, relator Min. Carlos Britto, j. 19/03/2009.



Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ 534/2005 e o decreto presidencial de 15-4-2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231 da Constituição, torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/1988, art. 231, § 6°). As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos (Pet 3.388-ED, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 23-10-2013, Plenário, DJe de 4-2-2014).

Nota: O Plenário do STF, no julgamento da Pet 3.388, decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada "apenas por grupos indígenas".⁴

Vale lembrar, compete à União a demarcação de terras indígenas, como enunciado na alternativa E.

Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051. Acesso em: 23 jun. 2014.

Chamamos de julgamento (isto é, a faculdade graças à qual dizemos que uma pessoa julga compreensivamente) a percepção acertada do que é equitativo. Uma prova disto é o fato de dizermos que uma pessoa equitativa é, mais que todas as outras, um juiz compreensivo, e identificamos a equidade com o julgamento compreensivo acerca de certos fatos. E julgamento compreensivo é o julgamento em que está presente a percepção do que é equitativo, e de maneira acertada; e julgar acertadamente é julgar segundo a verdade.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad.: Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: EDUnB, 2001, p. 121-123.

Na direção do que aponta o texto de Aristóteles, verifica-se que o ser humano, de modo constante, exerce a arte de julgar. Assim o faz em situações determinadas do cotidiano, decidindo acerca de suas condutas e das dos outros, analisando medidas e fatos e avaliando situações. Com o operador do direito não é diferente, mormente com magistrados, agentes responsáveis pela tomada de decisões nas relações processuais. Com base nesse entendimento e no texto acima apresentado, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. A relação processual pressupõe o julgamento, o qual representa, para o magistrado, um agir com deliberações, uma vez que, ao decidir, esse operador jurídico se baseia na antecedente análise dos fatos e, de modo reflexivo, atinge o seu convencimento diante das provas apresentadas pelas partes no âmbito do processo.

PORQUE

II. Ao analisar os fatos apresentados na relação processual, o magistrado deve ser equânime e aproximar-se das partes envolvidas, para formar o seu convencimento com base nas opiniões por elas emitidas, o que lhe permite deliberar de modo mais sensato, justo e compreensivo com todos.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.



- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- D. A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.

Gabarito: (C)

Autor: Pedro Guilherme Augustin Adamy

COMENTÁRIO

A questão se utiliza de um texto clássico de Aristóteles, no qual o Filósofo trata do julgamento, da capacidade de julgar, da faculdade humana de realizar, exercer e concretizar juízos sobre temas – não exclusivamente jurídicos ou judiciais – que estão em sua realidade para fazer um paralelo com os julgamentos realizados no âmbito jurídico. Aristóteles, no entanto, não está diretamente preocupado com o julgamento judicial – aquele realizado por juízes ou tribunais –, mas, antes, com o fenômeno do juízo em si, com o ato humano de julgar, com o julgar. Dessa forma, deve-se atentar para a diferença entre o que compõe o fenômeno de julgar, de emitir juízos sobre a realidade, na citação do Livro VI da Ética Nicomaqueia, e o julgamento realizado pelo órgão judicial competente.

Estando clara essa diferença, a questão propõe uma relação entre a faculdade humana de realizar e emitir juízos e a obrigação – constitucional e legal – de operadores do direito de, da mesma forma, realizar julgamentos.

Da análise da assertiva I, pode-se extrair que, de fato, a relação processual pressupõe e implica o julgamento, por dois motivos principais. O primeiro, porque a nenhum juiz é dado não decidir uma questão trazida ao Judiciário. Tal fenômeno, compreendido no brocardo *non liquet*, vem expressamente previsto no art. 126 do Código de Processo Civil.⁵ Além disso, mesmo que o julgador não esteja convencido sobre as alegações de ambas as partes, também deve ele emitir juízo sobre o processo.⁶ O segundo, porque o Poder Judiciário é, no estado democrático, o órgão competente para analisar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5°, inc. XXXV). Dessa forma, havendo algum conflito que implique lesão ou ameaça de lesão a direito ou pretensão, o órgão competente para sua análise e julgamento é o Judiciário. Dessa forma, uma vez que a lide, o conflito, o desacordo sejam levados ao Poder Judiciário, deverá haver um julgamento, pelo órgão competente, resolvendo o conflito, dando fim à lide.

Da mesma forma, consta da assertiva I que o magistrado deve agir com deliberações. A expressão contém um pleonasmo, uma vez que qualquer ação pressupõe uma deliberação anterior sobre a conduta, os fins buscados e as consequências. Já há muito escreveu Jhering que "não há desejo (ou ação, o que é o mesmo) sem uma finalidade". Apesar das críticas recebidas por Jhering, permanece a ideia central de que as finalidades têm um papel central na definição da conduta dos indivíduos e grupos de

⁵ Código de Processo Civil, Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 178.

^{7 &}quot;A ação em si não é nunca um fim, somente um meio para o fim." JHERING, Rudolf von. Der Zweck im Recht, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1912, p. 05 e 13.



indivíduos, podendo-se, inclusive, falar de uma racionalidade teleológica.⁸ De qualquer forma, mesmo que a expressão contenha uma repetição desnecessária, isso não torna a assertiva incorreta, uma vez que o julgamento é, em alguma medida, um agir que compreende deliberar.

No entanto, nem sempre ao juiz, em um caso concreto, é dado realizar uma *discriminação correta do equitativo*, para usar as palavras de Aristóteles. Da análise da assertiva **II**, por exemplo, tem-se que o julgador no âmbito do Poder Judiciário, muitas vezes, não forma o seu "convencimento com base nas opiniões" das partes envolvidas. Assim, no mais das vezes, o julgador judicial deve tomar sua decisão, isto é, emitir o seu juízo, tendo como fundamento outros elementos que não as alegações das partes ou, ainda, considerações equitativas sobre a realidade posta diante de si. Dessa forma, ao afirmar que o "magistrado deve ser equânime e aproximar-se das partes envolvidas", a assertiva apresenta erro, uma vez que na decisão judicial, isto é, no processo de emitir um juízo sobre um conflito colocado sob seu crivo, o magistrado está vinculado a muitos outros fatores – internos e externosº ao processo –, além das alegações das partes.

O mesmo é dizer que o julgamento judicial possui fatores outros – normativos, especialmente – que podem conduzir a um resultado bastante diverso daquele que espera(m) a(s) parte(s), ao exporem as suas respectivas versões e alegações ao órgão judicial competente. Dessa forma, mesmo que o juiz queira ser equânime, "aproximando-se das partes", a sua vontade é limitada pelas disposições constitucionais e legais aplicáveis. Assim, a sua deliberação deverá levar em consideração argumentos outros, além da mera "opinião" emitida pelas partes.

Assim, mesmo que a conjunção "porque" presente entre as assertivas I e II implique que haja uma relação necessária entre uma e outra, isso não é verdadeiro. Com efeito, o art. 131 do Código de Processo Civil determina que o magistrado deve "apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes". Somente essa última figura do dispositivo legal já faria com que a assertiva II, que determina que o julgador deve formar seu convencimento "com base nas opiniões" das partes, fosse considerada incorreta. Além disso, o julgador no âmbito jurídico pode, em algumas oportunidades, formar a sua convicção inclusive distanciando-se das partes e das versões e opiniões produzidas em juízo.¹⁰

Deliberar de forma "sensata, justa e compreensiva", como consta na assertiva II, representa muito mais do que simplesmente tomar as versões das partes produzidas no processo, analisá-las, sopesá-las umas contra as outras e tomar a sua decisão de *forma equitativa*. A decisão judicial, isto é, a emissão de um juízo pelo operador jurídico, leva em consideração um número maior de elementos, todos eles que compõem a argumentação jurídica, que deve ser realizada, o tanto quanto possível, de forma objetiva e imparcial pelo tomador da decisão.

⁸ Como afirma Robert Alexy, "toda a conduta humana tem uma estrutura teleológica. Por essa razão a lógica da conduta teleológica é validade para todas as concepções sobre a racionalidade". Cf. ALEXY, Robert. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. In: _______; DREIER, Ralf. Rechtssystem und praktische Vernunft. ARSP, Beiheft 51, 1993: 13-14.

⁹ Respeitados os limites impostos pelo art. 128 do CPC.

Veja-se, por exemplo, o art. 23 da Lei Complementar 64/90 e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1082, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, publ. no DJ de 04.11.1994.



Em outra oportunidade, com a intenção de conceituar o termo "necessidade temporária", empregado pelo art. 37, inciso IX, da Constituição da República, anotei: É temporário aquilo que tem duração prevista no tempo, o que não tende à duração ou à permanência no tempo.

A transitoriedade põe-se como uma condição que indica ser passageira a situação, pelo que o desempenho da função, pelo menos pelo contratado, tem o condão de ser precário. A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a hipótese constitucionalmente manifestada pela expressão "necessidade temporária". Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las sem o concurso e mediante contratação é temporária.

Assim, poderia haver a contratação para atender a necessidades temporárias de uma atividade que pode, ou não, ser permanente e própria do órgão da Administração Pública. O que deve ser temporária é a necessidade, e não a atividade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº* 3.386/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 14/04/2011, publicada no DJe n.º 162, de 24/08/2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br. Acesso em: 13 jul. 2012.

A necessidade temporária de contratação pela Administração Pública, objeto de análise no voto acima transcrito, encontra fundamento constitucional no princípio da

- A. legalidade.
- B. impessoalidade.
- C. moralidade.
- D. publicidade.
- E. eficiência.

Gabarito: (E)

Autor: Yuri Restano Machado



COMENTÁRIOS

De acordo com a Constituição Federal, art. 37, IX, cabe à lei estabelecer os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Nesse sentido, regulamentando a determinação contida no preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.745, de 19 de dezembro de 1993.¹¹

A contratação temporária é situação que foge ao curso regular da Administração, apresentando-se como exceção à regra geral da contratação de servidores públicos. Tanto é assim que a mencionada Lei nº 8.745, de 2003, fixa os casos considerados de excepcional interesse público (art. 2º), os prazos máximos de contratação em cada uma das hipóteses previstas (art. 4º) e os critérios de recrutamento do pessoal (art. 3º). Dadas as peculiaridades dessa espécie de contratação, a contratação de servidores se dá mediante processo seletivo simplificado, ficando dispensada a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Os casos de contratação temporária visam a atender situações muito particulares, em que se mostra mais eficiente à atividade pública a contratação realizada de forma simplificada e por prazo certo. Vale reproduzir, a propósito do tema, o pensamento de Celso Ribeiro Bastos:¹²

Não há negar-se que o problema do servidor precário, efêmero, é, em princípio, procedente. É dizer, há certas funções a serem cumpridas pela Administração que não comportam a integração no quadro mais restrito dos funcionários públicos. Este é, sem dúvida, de uma rigidez que não tem condições de assimilar a admissão rápida e efêmera do servidor. Daí, porque, nossas últimas constituições têm sempre referido circunstâncias sob as quais o regime estatutário é de ser afastado. Não há confundir-se, pois, com as deturpações acarretadas por uma prática imoral, que no passado ocasionou o inchaço do quadro de precários que na verdade se eternizavam na função, quer por mera decorrência dos fatos, quer até mesmo por previsão constitucional que os estabilizava.

É por esta razão que a atual Constituição continua a dispor sobre o servidor temporário. Trata-se de fato de categoria imprescindível para o bom desempenho das funções administrativas.

Introduzido no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência lançou para a Administração Pública o desafio de qualificar-se. Inserido no conjunto de medidas que ficou conhecido como Reforma Administrativa, esse princípio estabelece que a Administração tem por dever ser eficiente na utilização de seus recursos, materiais e humanos, de forma a que se alcance o interesse pretendido da maneira que melhor corresponda ao bem comum. A inclusão da eficiência no rol dos princípios jurídicos da Administração Pública, apesar da obviedade, como assinala Gilmar Ferreira Mendes, constitui-se numa necessidade de se reafirmarem os pressupostos de exercício dos poderes administrativos. A obrigação de ser eficiente orienta não só para a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas, mas igualmente para o resultado almejado.¹³

Diante do fato de que existem determinadas funções que não se ajustam aos rígidos moldes do regime próprio dos servidores públicos, o modo encontrado pelo constituinte para permitir que as com-

¹¹ Com alterações da Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999, e da Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 96-97.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 898.



petências administrativas fossem eficientemente cumpridas foi a adoção de um regime diferenciado de contratação de servidores, aplicável para casos pontuais e específicos. Logo se vê uma estreita conexão entre contratação temporária e eficiência administrativa. A eficiência exige, por vezes, flexibilidade nos sistemas de contratação de pessoal da Administração Pública.

É nesse sentido, então, que a questão ora analisada apresenta como resposta correta a alternativa **E**, ou seja, a necessidade temporária de contratação pela Administração Pública encontra fundamento constitucional no princípio da eficiência.

Poeminha sobre o trabalho

Chego sempre à hora certa, contam comigo, não falho, pois adoro o meu emprego: o que detesto é o trabalho.

Millôr Fernandes

Três apitos

Nos meus olhos você lê Que eu sofro cruelmente Com ciúmes do gerente Impertinente Que dá ordens a você.

Noel Rosa

Fábrica

Quero trabalhar em paz Não é muito o que lhe peço Eu quero um trabalho honesto Em vez de escravidão.

Renato Russo

A partir dos textos acima, avalie as afirmações que se seguem.

- I. No trecho "gerente / Impertinente / Que dá ordens a você" do texto de Noel Rosa, há referência indireta a um dos elementos caracterizadores da figura do empregado, que, conforme os termos da legislação trabalhista vigente, é o pressuposto da subordinação.
- II. No texto de Noel Rosa e no de Renato Russo, há referências a temas de ordem trabalhista e constitucional, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a um ambiente de trabalho equilibrado.
- III. Todos os textos fazem referência a algum tema do Direito do Trabalho, como jornada e horário de trabalho, subordinação do empregado às ordens de quem representa a empresa e ambiente de trabalho equilibrado.
- IV. O texto de Renato Russo apresenta viés histórico, porque a erradicação do trabalho escravo e degradante já foi alcançada no Brasil.



É correto apenas o que se afirma em

A. I.

B. II.

C. lell.

D. II e IV.

E. III e IV.

Gabarito: (C)

Autor: João Vicente Rothfuchs

COMENTÁRIO

A questão cita trechos de textos de autoria de Millôr Fernandes, Noel Rosa e Renato Russo que fazem referência a temas relacionados ao Direito do Trabalho e apresenta quatro assertivas referentes a tais textos, questionando a correção das mesmas. Analisar-se-á, uma a uma, as afirmações, verificando a sua correção ou incorreção para, ao final, buscar a resposta correta.

A assertiva I trata do segundo texto, de autoria de Noel Rosa, afirmando que há, no mesmo, referência indireta a um dos elementos caracterizadores da figura do empregado: a subordinação. Da leitura do texto pode-se identificar a efetiva presença de tal requisito na afirmação de que o gerente "dá ordens" ao empregado. O "dar ordens" demonstra aspecto importante do poder de direção exercido pelo empregador sobre o empregado e da dependência deste último ao primeiro. Duas faces representativas do requisito subordinação, essencial à caracterização do vínculo empregatício. Portanto, clara está a presença da subordinação e, assim, correta a afirmativa.

A assertiva II refere-se ao segundo e ao terceiro textos, mencionando a existência de referências a temas de ordem trabalhista e constitucional, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a um ambiente de trabalho equilibrado. Pode-se identificar no texto de Renato Russo, na comparação de "trabalho honesto" com "escravidão", efetiva referência ao princípio da dignidade de pessoa humana e na expressão "trabalhar em paz", menção a um ambiente de trabalho equilibrado. O texto de Noel Rosa, porém, não menciona qualquer dos aspectos. O "sofrimento" do interlocutor não é de ordem laboral, mas pessoal, já que o mesmo sofre de ciúmes do gerente que simplesmente exerce o seu ofício, ao "dar ordens" ao empregado. Observe-se, ainda, que não são as "ordens" que são "impertinentes", mas, sim, o próprio gerente por dar ordens. A assertiva, portanto, está incorreta.

A assertiva **III** é a mais simples, pois resta claro que todos os textos fazem referência a algum tema do Direito do Trabalho. A referência a jornada e horário de trabalho está no primeiro texto, na expressão "chego sempre à hora certa"; a subordinação é demonstrada nas ordens dadas pelo gerente no segundo texto, e o "ambiente de trabalho equilibrado" aparece no texto de Renato Russo no "trabalhar em paz". Afirmativa correta.

Finalmente, a assertiva **IV** se demonstra equivocada, pois, infelizmente, a erradicação do trabalho escravo e degradante ainda não foi totalmente alcançada no Brasil, apesar de ser uma das principais preocupações do Ministério Público do Trabalho. Embora a escravidão tenha sido abolida em 1888, o trabalho análogo à condição de escravo e o trabalho degradante persistem em determinadas atividades em que não há a observância das normas de segurança e medicina do trabalho e/ou há restrição à liberdade do trabalhador. Maiores esclarecimentos podem ser obtidos em http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/ trabalho_escravo>.

Diante dessa análise, estão corretos os itens I e III, e, portanto, a resposta certa é a da alternativa C.



John Locke, no século XVII, analisou a sociedade e organizou a defesa teórica da propriedade burguesa absoluta, que serviu de fundamento a muito que se conhece hoje do modelo de propriedade. A propriedade da terra passou a ser objeto no mundo das trocas. Na sociedade contemporânea, ela sofre uma série de limitações formais cujos conteúdos delineiam a sua função social, que se distingue da função social da posse e da função social da terra. A propriedade privada e seus consectários têm o caráter individualista dos direitos gerados nas concepções liberais do Estado moderno, e algumas restrições ao exercício desse direito ora se dão em favor da sociedade, ora em favor dos interesses dos próprios titulares dos direitos relacionados a ela.

Considerando o texto acima, os fundamentos teóricos do direito de propriedade e os limites estabelecidos pelas suas funções na sociedade contemporânea, conclui-se que a demarcação de terras, como restrição oriunda dos direitos relativos à propriedade privada e das relações de contiguidade, é direito

- A. exclusivo do proprietário do bem, em razão da natureza dos interesses tutelados e do atendimento aos interesses sociais e à função social.
- B. de titular de direito real de qualquer classe, como o condômino e o credor pignoratício, atendendo-se, assim, a interesses sociais e à função social.
- C. de titular de direito real de posse, uso e fruição do imóvel, incluídos o locatário e o usufrutuário, atendendo-se, assim, aos interesses sociais.
- D. daqueles que se encontram no imóvel em razão de direito real, como o enfiteuta e o usufrutuário, o que atende diretamente aos interesses privados, sendo essa sua função.
- E. de titular de direito real ou obrigacional, incluídos o usufrutuário e o depositário, o que atende a interesses privados e à sua função social.

Gabarito: (D)

Autora: Tula Wesendonck

COMENTÁRIO

A questão trata de matéria relativa aos limites entre prédios e é regulada pelos Arts. 1297 e 1298 do CCB, que estabelecem o direito de demarcar o imóvel. Tal direito é exercido pela Ação Demarcatória, cujo procedimento está previsto nos Arts. 946 e seguintes do CPC.



O texto anexado à questão descreve a evolução do direito de propriedade. Embora faça referência aos limites estabelecidos à propriedade, não tem ligação direta com a matéria-objeto da questão. O objeto da questão está dirigido às disposições concernentes ao Direito de Vizinhança, mais especificamente aos limites entre prédios. Por essa razão, o texto anexado à questão não precisa ser considerado pelo candidato para a sua resolução.

A questão tem por finalidade definir a titularidade do direito de demarcar terras, conforme a parte final de seu enunciado, a se ver: "demarcação de terras, como restrição oriunda dos direitos relativos à propriedade privada e das relações de contiguidade, é direito...". Nas alternativas apresentadas são indicados possíveis legitimados ao direito referido. Para resolução da questão, fazem-se necessários o exame e a interpretação da legislação, doutrina e jurisprudência, conforme adiante se explanará.

O Art. 1297 do CCB dispõe que o proprietário tem o direito de estabelecer os limites do seu imóvel ou constranger o seu confinante a proceder com ele a demarcação entre os dois imóveis. Também estabelece a possibilidade de aviventar rumos apagados ou arruinados. O dispositivo legal faz referência somente à legitimidade do proprietário sem incluir outros sujeitos como titulares do direito de demarcar.

A redação do dispositivo repete a essência da regra contida no Art. 569 do CC de 1916, segundo a qual, o proprietário teria o direito de delimitar o seu imóvel. A orientação também foi seguida pelo CPC, ao dispor nos Arts. 946 e 950 a legitimidade do proprietário para promover a ação demarcatória.

A leitura dos textos legais conduz à conclusão da legitimidade exclusiva do proprietário, tanto para o direito material de demarcar o imóvel como para promover a ação demarcatória. Aos dispositivos legais referidos, são apresentadas duas interpretações opostas, uma decorrente da doutrina e outra da jurisprudência. A doutrina majoritária defende a inaplicabilidade da interpretação literal do dispositivo. Já a jurisprudência majoritária opta por posição completamente distinta, restringindo a legitimidade ativa para a propositura da ação demarcatória ao proprietário. A matéria é polêmica, sendo passível de discussão a resposta apresentada pelo gabarito oficial, como será demonstrado a seguir.

A doutrina majoritária defende que não deve ser adotada a interpretação literal dos dispositivos legais (tanto do CCB como do CPC), o que possibilitaria a inclusão de outros titulares além do proprietário para o direito de demarcar os limites do imóvel e por consequência para reconhecer também a legitimidade de outros sujeitos para a propositura da ação demarcatória. Já na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina brasileira defendia que a titularidade estabelecida na legislação não poderia ser interpretada como restrita ao proprietário, sendo cabível a interpretação extensiva do dispositivo, para abranger outros titulares de direitos reais, ou mesmo possuidores.

Assim, Pontes de Miranda advertia que o Art. 946 do CPC precisava ser interpretado considerando duas espécies de demarcação: a demarcação de posse e a demarcação de domínio. O autor asseverava que

a ação de demarcação *do domínio* somente toca ao proprietário, ao titular do domínio. Mas os compossuidores têm ação de demarcação do terreno possuído, portanto a ação de demarcação *da posse*, como têm a ação de divisão da composse. Supõe tal ação existir disputa sobre limites; ora disputa sobre limites entre dois possuidores é disputa possessória e não de demarcação da propriedade. Têm-na os que são titulares de direito real (o enfiteuta, o usufrutuário, usuário, o habitador, o credor anticrético, o titular da servidão), sendo litisconsorte necessário o proprietário. Tem-na o possuidor, mas somente a ação de demarcação da posse, contra o possuidor ou contra o proprietário do prédio confinante.¹⁴

Assim, com fundamento na posse ou no domínio, a ação poderia ser proposta pelo proprietário, por titulares de direitos reais limitados de gozo e fruição, e até mesmo por possuidores. A distinção entre ação real e ação com fundamento na posse também é referida pela doutrina atual, a se ver:

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 13.

A legitimidade ativa deve ser alargada para aqueles cuja titularidade está muito próxima à de proprietário, como o enfiteuta, o nu-proprietário e o usuário. Cada condômino do imóvel confinante, no âmbito de seu direito concomitante de propriedade, também pode intentar a demarcação, sem o concurso dos demais condôminos. Trata-se de ação real. Todavia, possuidores também têm ação demarcatória de sua posse, como têm ação de divisão de composse, em face da exteriorização da propriedade. A declaração da sentença movida por possuidor restringe-se à delimitação do fato da posse.¹⁵

Portanto, vislumbra-se ainda hoje a necessidade de distinguir a fundamentação da ação demarcatória, o que irá influenciar na escolha da alternativa da questão proposta. Além da distinção a respeito das espécies de demarcação, a doutrina também defende a ampliação dos legitimados definidos pela lei, como se vê das passagens que seguem:

Pode propô-la o proprietário, nos termos da lei. Mas essa expressão se deve atribuir sentido amplo, legitimando-se, pois, a ação daquele que seja titular de direito real, como o enfiteuta, nas enfiteuses constituídas na vigência do Código Civil de 1916 (Art. 2038 do CC 2002), o superficiário e o usufrutuário. Já o simples possuidor, ainda que de boa-fé, não tem qualidade para promovê-la, bem como o sucessor em herança ainda não partilhada. Igualmente, pode o condômino intentá-la (Código de Processo Civil, Art. 952).¹6

Nosso direito (Art. 1297 do CC) assegura a todo proprietário, e por extensão ao usufrutuário e ao enfiteuta, a faculdade de obrigar o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, estabelecendo por onde deve passar a linha lindeira.¹⁷

A doutrina brasileira também refere que a intepretação do Art. 946, I do CPC deve seguir a orientação dada pelo Art. 934, I do CPC, estendendo-se a legitimidade ao possuidor, a saber:

A demarcatória pode ser estendida a qualquer titular de *jus in re*, seja de direito real na coisa própria – propriedade –, como de *jus in re* – direitos reais limitados – facultando-se aos usufrutuários e enfiteutas, como titulares de faculdades de uso e gozo sobre a coisa, o manejo da ação, visando ao estabelecimento de limites. Aliás, basta observar a dilatação de legitimidade à propositura da ação de nunciação de obra nova (Art. 934, I, do CPC).¹⁸

Essas lições demonstram argumentos consistentes para favorecer a extensão da legitimidade aos titulares de direitos reais limitados de gozo e fruição e aos possuidores. Já na jurisprudência, a orientação a respeito da interpretação dos dispositivos é no sentido oposto, considerando a legitimidade exclusiva do proprietário para a propositura da ação demarcatória.¹⁹

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 292, vol. V. O autor cita ainda passagem de Humberto Theodoro Jr. a qual reforça a distinção: "A disputa de limites não é privilégio dos detentores do domínio. Podem perfeitamente dois possuidores limítrofes se deparar com a necessidade de definir os extremos de suas posses. A demarcação terá cabimento e não será demarcação de domínio, mas demarcação de posse".

¹⁶ BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. 37. ed. Revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152, vol. 3.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 221, vol. IV.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*.2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 473.

APELAÇÃO CÍVEL. DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS. DIREITO CIVIL. COISAS. PROPRIEDADE. DIVISÃO E DEMARCAÇÃO. Ação de demarcação proposta por promitente comprador. Promessa de compra e venda não averbada junto à matrícula do imóvel. Inexistência de direito real. Ilegitimidade ativa ad causam. APELO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70034038034, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 25/02/2010.) AÇÃO DEMARCATÓRIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL - ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. - A "legitimação ativa e passiva para a ação demarcatória pressupõe a propriedade (arts. 946, I, Código de Processo Civil, 1.297 e 1.298, CC). Apenas o proprietário tem legitimidade ativa e passiva para a ação demarcatória (STJ, 4ª



Feitas essas considerações, passa-se ao exame das alternativas.

A alternativa considerada correta pelo gabarito foi a alternativa **D**. Porém, como a matéria é muito controversa, é possível questionar a possibilidade de mais de uma alternativa correta ou mesmo nenhuma, em virtude da possibilidade de ser adotada uma das várias posições defendidas pela doutrina ou aplicadas pelos Tribunais, por esse motivo, passa-se ao exame de cada uma das alternativas.

A alternativa **A** atribui a titularidade do direito de demarcar exclusivamente ao proprietário e foi considerada incorreta pelo gabarito oficial. No entanto, no texto legal (tanto civilista como processual civil), e também na posição majoritária jurisprudencial, a titularidade é conferida única e exclusivamente ao proprietário. Logo, a alternativa **A** poderia ser considerada correta.

A alternativa **B** não pode ser considerada correta, pois refere estar legitimado o titular de direito real de qualquer classe e, por essa razão, englobaria os casos de direitos reais em garantia. O titular de tais direitos somente seria titular do direito de demarcar nos casos de exercer posse sobre o bem, como no caso de credor anticrético.

A alternativa C está errada, pois posse não é direito real, e a mesma refere-se a "direito real de posse".

A alternativa **D** é considerada correta pelo gabarito oficial e acompanha a doutrina majoritária, a qual defende a legitimidade do proprietário e dos titulares de direitos reais limitados de gozo e fruição sobre coisas alheias, como visto anteriormente.

A alternativa **E** aponta como legitimados os titulares de direito real e obrigacional. Para parte da doutrina, a alternativa poderia ser considerada correta, pois refere a necessidade de se proceder a distinção entre os fundamentos da discussão a respeito das espécies de demarcação, com fundamento na posse ou no domínio.

Embora o enunciado da questão faça referência à demarcação de terras como uma limitação à propriedade, ele não restringe o direito de demarcar ao proprietário, pois o direito de propriedade do confinante pode ser exercido pelo possuidor de um imóvel em detrimento do exercício. Nessa ótica, o exercício do direito de demarcar não estaria destinado somente ao proprietário mas também ao possuidor, e isso em virtude de a possibilidade do direito de demarcar representar uma limitação ao exercício da propriedade do confinante.

Por todas essas considerações, é possível concluir, através da análise das fontes do Direito, que a questão 17 é passível de anulação.

Turma, j. em 30.08.1993, DJ 20.09.1993, p. 19.179). Os titulares de direitos reais limitados não têm legitimidade para a ação demarcatória." (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo, 3. ed., 2011, Ed. RT, p. 879). Não comprovada a propriedade do autor em relação ao imóvel demarcando, deverá ser reconhecida a sua ilegitimidade para a propor a ação demarcatória. Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10684090076184001 MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/06/2013.) AÇÃO DEMARCATÓRIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL - ILEGÍTIMIDADE ATI-VA CONFIGURADA. - A "legitimação ativa e passiva para a ação demarcatória pressupõe a propriedade (arts. 946, I, Código de Processo Civil, 1.297 e 1.298, CC). Apenas o proprietário tem legitimidade ativa e passiva para a ação demarcatória (STJ, 4ª Turma, j. em 30.08.1993, DJ 20.09.1993, p. 19.179). Os titulares de direitos reais limitados não têm legitimidade para a ação demarcatória." (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. 3. ed. 2011, Ed. RT, p. 879). Não comprovada a propriedade do autor em relação ao imóvel demarcando, deverá ser reconhecida a sua ilegitimidade para a propor a ação demarcatória. Recurso não provido. (TJ-MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL.) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DEMARCAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE DOMÍNIO QUE LEGI-TIME A PROPOSITURA DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. IMPRESCINDIBILIDADE. NATUREZA REAL DA AÇÃO. EXEGESE DO ART. 946 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A propositura do procedimento demarcatório restringe-se apenas aos detentores de direito real, de modo que não detém legitimidade para requerer a demarcação de terreno o possuidor desprovido de título de domínio. (TJ-SC, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 24/07/2013, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado).



Tendo-se recusado a cumprir ordem lícita de serviço, um empregado foi advertido, por escrito, por seu gerente. Ao receber a advertência escrita, recusou-se a assinar cópia do documento do empregador, sob alegação de não concordar com seu conteúdo. Foi, então, despedido por justa causa, sob a imputação de ato de indisciplina.

Nessa situação, infere-se que

- A. o empregado agiu de forma ilegítima ao se recusar a assinar a advertência do gerente.
- **B.** a imputação de indisciplina ao empregado que se recusou a assinar a advertência foi medida tomada corretamente pela empresa.
- **C.** a empresa agiu corretamente ao despedir o empregado por justa causa com base na recusa dele de assinar a advertência escrita.
- **D.** a recusa do empregado em assinar a advertência constitui caso de insubordinação, sendo possível a terminação fundada nesse motivo.
- **E.** a empresa errou ao demitir por justa causa o empregado que se recusou a cumprir ordem lícita de serviço, pois o gerente já o havia advertido.

Gabarito: (E)

Autor: Eugênio Hainzenreder Junior

COMENTÁRIO

O tema da questão em tela trata da ruptura do contrato de trabalho por justa causa e aborda a situação da alínea "h" do artigo 482 da CLT, qual seja, ato de indisciplina ou de insubordinação. No nosso entendimento, a questão é bastante dúbia e obscura. Observe-se que, nos termos da questão, a falta cometida pelo empregado deu-se **ao recusar o cumprimento de ordem lícita**, revelando o enunciado do problema que a dispensa do trabalhador (e não demissão, já que se trata de resilição contratual de iniciativa do empregador) **ocorreu em razão de recusar-se a assinar a advertência**. Contudo, a



alternativa correta apontada pela banca (alternativa **E**) refere-se ao descumprimento de ordem lícita, e não à recusa na assinatura da advertência pelo empregado, gerando, pois, dúvida quanto à interpretação lógica da reposta.

De qualquer sorte, para compreensão da matéria em apreço, é fundamental observar que ato de indisciplina e ato de insubordinação envolvem situações distintas. Vejamos: o ato de indisciplina ocorre quando o empregado desrespeita ou deixa de cumprir uma norma de ordem geral de serviço, como, por exemplo, quando deixa de cumprir uma norma do regulamento interno da empresa. Já a insubordinação caracteriza-se pelo descumprimento, pelo empregado, de ordem a ele dirigida por sua chefia direta, pelo empregador ou seus prepostos. Note-se que, como no caso da questão ora em análise, **a ordem deve ser lícita**, não abusiva e inserida no poder diretivo do empregador. <u>Assim, a recusa do trabalhador em não cumprir ordem lícita dada pelo gerente caracteriza-se em um ato de insubordinação</u>. Veja-se que a ordem pode ser tanto verbal quanto escrita, desde que a mesma seja dirigida diretamente para o empregado; do contrário, em sendo a ordem dirigida a todos os empregados (ordem geral), tal evento seria considerado ato de indisciplina.

O gabarito da questão, como sendo alternativa **E**, pretendia abordar o princípio do *non bis in idem*, que consiste na proibição da aplicação de dupla penalidade pelo mesmo fato gerador. No caso da questão em apreço, a causa da dispensa deve ser um fato totalmente diverso dos anteriores praticados pelo empregado ou a reiteração ou agravamento de atos já praticados anteriormente. A última falta é que será apenada com a justa causa.

Isso porque, ao aplicar a penalidade, o empregador deve estar certo de que aquela é a melhor forma de punição, já que, uma vez aplicada, não será permitida a alteração da penalidade sob pretexto de que a dosagem foi incorreta. Assim, se o empregado comete um ato faltoso e o empregador resolve punir esse ato com uma advertência, não poderá, em seguida e pelo mesmo motivo, desconsiderar a advertência e aplicar a justa causa.

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 226, § 3°.

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10/01/2002, art. 1.723.

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 219, jan./mar. 2012, p. 240.

Considerando os textos apresentados acima, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. No plano jurídico, inclusive no que concerne a processos judiciais de natureza cível, ganhou força a interpretação de que deve ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, em razão da decisão proferida na ADI nº 4.277.

PORQUE

II. O Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição Federal, por exercer o controle de constitucionalidade, o que ocorre, entre outras hipóteses, quando julga uma ação direta de inconstitucionalidade.



A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- D. A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.

Gabarito: (A)

Autora: Maria Regina Fay de Azambuja

COMENTÁRIO

A questão em comento trata do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar. Os ministros do STF, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277²⁰ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132²¹, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O STF, com base na hermenêutica construtiva, e invocando princípios essenciais, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade, reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.²²

A fim de defender a supremacia constitucional, a própria Constituição Federal estabelece o controle de constitucionalidade das leis. Existem dois critérios de controle constitucional: o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso pode ser exercido por todos os componentes do Poder Judiciário, ao passo que o controle concentrado é deferido apenas ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.²³ Assim, somente a jurisdição concentrada em face da Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.²⁴

A Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), que integra o rol de competência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se prevista no artigo 102, I, a da CF/88. Revela-se cabível contra leis ou atos normativos, estaduais ou federais. O pedido, no caso da ação direta, será a declaração de inconstitucionalidade. O sentido mediato é a preservação da ordem jurídico-constitucional com a restituição do estado de coisa anterior. É a desconstituição do ato impugnado.²⁵

²⁰ STF, ADI 4277, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

²¹ STF, ADPF 132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

²² STF, RE 477.554 AgR/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011.

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

²⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 791.

²⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331.



Consoante previsto no § 2º do art. 102 da CF/88, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direita e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁶

Nessa seara, sob o argumento de que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual, a decisão dos Ministros do STF foi pela procedência das ações no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.²⁷

Ao reconhecer às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres da união estável, com efeito *erga omnes* e vinculante, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à insegurança jurídica decorrente da omissão legislativa acerca da matéria.²⁸

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 56.

²⁷ STJ, *REsp. 1.183.378-RS*, 4^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.



QUESTÃO 20

O Estado de direito contrapõe-se ao Estado absoluto, porquanto, baseado na lei (que rege governantes e governados), reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos, ou seja, de posições jurídicas ativas com relação à autoridade estatal.

GRINOVER, A. P. Liberdades públicas e processo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 5 (adaptado).

Os direitos fundamentais do indivíduo representam limites objetivos à atuação do ente estatal. Esses direitos estabelecem, portanto, um padrão ético a ser seguido pelo Estado. Nessa perspectiva, conclui-se que, em um Estado de direito,

- **A.** o indivíduo é detentor de uma série de direitos fundamentais protegidos por garantias normativas que asseguram sua plena efetivação no plano prático.
- **B.** a restrição da atuação do Estado está baseada no fato de o indivíduo ser titular de direitos indisponíveis e, ao mesmo tempo, detentor de prerrogativas processuais.
- **C.** o agente estatal deve agir, na sua relação com o indivíduo, com base na ética, tendo em vista que os direitos públicos subjetivos exigem do Estado um compromisso moral com o cidadão.
- D. a efetividade das garantias fundamentais é proporcional à liberdade concedida pelo Estado de direito ao indivíduo para o exercício de direitos fundamentais.
- E. os limites encontrados pela autoridade estatal, em uma relação processual com um indivíduo, são estabelecidos em normas de cunho ético contempladoras de garantias fundamentais.

Gabarito: (A)

Autor: Alexandre Mariotti



A Questão 20 trata da repercussão, em um Estado de direito, da titularidade de direitos fundamentais pelos indivíduos em relação à atividade estatal. Parte de um excerto adaptado de obra de doutrina jurídica e acrescenta comentário com uma referência capciosa a "um padrão ético" que decorreria dos direitos fundamentais. E por que essa referência é capciosa? Porque, mesmo que os direitos fundamentais possuam conteúdo ético, eles vão além disso, estabelecendo limites jurídicos à atuação do Estado. Em outras palavras, o Estado e seus agentes não têm apenas deveres morais ou éticos, mas deveres jurídicos de observância dos direitos fundamentais.

Por essa perspectiva, a primeira assertiva está essencialmente correta: os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico são **normas** e, sendo normas, devem ser observadas pelos agentes estatais, tendendo a produzir efeitos no plano prático. Entretanto, sua formulação merece ressalvas: primeira, ainda que seja tradicional a distinção entre direitos e garantias, os direitos fundamentais, por serem normas, não dependem de outras "garantias normativas" para que sua observância seja obrigatória; segunda, é sabido que a efetividade (ou eficácia social) dos direitos fundamentais não é uma questão puramente normativa, mas envolve também o mundo dos fatos. Assim, parece injustificada a ilação de que a existência de "garantias normativas" asseguraria, por si só, a "plena efetivação" dos direitos fundamentais "no plano prático".

A segunda assertiva, por sua vez, está incorreta: a limitação jurídica que o Estado sofre em virtude dos direitos fundamentais independe de o indivíduo ser, concomitantemente, titular de "prerrogativas processuais". No máximo, poder-se-ia dizer que as garantias processuais que integram a relação de direitos fundamentais são importantes para assegurar-lhes maior efetividade.

A seguir, a terceira assertiva está incorreta: como esclarecido na introdução, os agentes estatais não têm apenas deveres morais ou éticos, mas, antes de mais nada, deveres **jurídicos** de observância dos direitos fundamentais. Depois, a quarta assertiva está incorreta porque estabelece uma relação, inexistente no contexto, entre liberdade e efetividade – não mais dos direitos, aqui, mas das "garantias fundamentais". Não custa lembrar que a liberdade é, ela mesma, um dos direitos fundamentais que o Estado de direito tem o dever – jurídico – de observar.

Por fim, a quinta assertiva está incorreta porque incorre na mesma confusão entre direito, moral e ética já destacada no comentário à terceira assertiva. Reitere-se, então: direitos – e garantias – fundamentais são normas, que estabelecem limites **jurídicos** à atuação do Estado e de seus agentes.

Em conclusão, ainda que sujeita a ressalvas, somente a primeira assertiva pode ser tida por correta, razão pela qual deveria ser assinalada a alternativa **A**.

Autora: Caroline Vaz

COMENTÁRIO 2

O Estado de Direito está presente onde há a supremacia da legalidade, e traduz como principais aspectos caracterizadores: a) o afastamento de qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é uma criação de Deus, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos, restando as questões éticas, religiosas fora do âmbito de competência do Estado; b) os objetivos e tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos; c) a organização do Estado e a



regulação de suas atividades obedecem a princípios racionais, dos quais decorrem em primeiro lugar os direitos básicos da cidadania, a liberdade civil, a igualdade jurídica, o domínio da lei, a existência de representação popular e a sua participação no Poder Legislativo.

Por outro lado, consoante a doutrina especializada, sabe-se que os direitos vêm estabelecidos como declarações que reconhecem direitos representativos dos valores mais importantes de uma sociedade em determinado período histórico. Já as garantias fundamentais são os instrumentos, os meios de que o Direito (legislador constituinte) dispõe para assegurar a realização daqueles direitos.

Assim, devem existir instrumentos que possibilitem a concretização no plano fático daqueles direitos fundamentais, com base na racionalidade e não em critérios éticos e religiosos daqueles que administram a *res publica*. Busca-se, portanto, a proteção jurídica de direitos fundamentais exclusivamente e o controle da discricionariedade legislativa e administrativa por meio de princípios abstratos. Por outro lado, não se tratam essas garantias somente de procedimentos processuais jurídicos, mas também de atuações político-administrativas e político-legislativas, pois todos os Poderes devem atuar para a consecução de tais garantias, daí porque estar equivocada a assertiva **B**.

Ainda, quanto à atuação estatal do Poder Público, como referido, não se trata de compromisso moral, mas sim legal, já que todos os direitos, ou pelo menos aqueles elencados como fundamentais, estão positivados na Constituição Federal, Lei maior de um país, que pode seguir padrões éticos de determinado período histórico, mas padrões gerais, refletidos nas normas editadas pelo próprio Estado. Por isso a assertiva **C** está errada.

A garantia efetiva aos direitos, por sua vez, não tem a ver somente com a liberdade dos indivíduos, ou de modo específico com o modelo de Estado (liberal, social ou democrático, etc.), embora tenha surgido modernamente no Estado liberal, em contraposição ao Estado Absolutista. A garantia dos direitos fundamentais relaciona-se ao compromisso assumido pelo Estado, por seu legislador constituinte, de dar tutela aos direitos mais elementares para a existência digna e igualitária da sociedade, independente das ideologias, enquanto perdurar a Carta Magna, onde surge o equívoco da assertiva **D**.

Por derradeiro, os limites impostos aos Estados nas relações processuais com os indivíduos são previstos em lei, que possibilita o tratamento isonômico de todos os administrados, já que as inclinações éticas e religiosas do Poder Público, como referido no início, estão fora do âmbito de competência dos Estados de Direito.

Daí ser a alternativa mais correta a prevista na alternativa A.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Autor: Augusto Jobim do Amaral



É cediço que o Estado Democrático de Direito é marcadamente reconhecido por ser um governo de *leis* (não um governo meramente de *homens*) e, sobretudo, um governo ditado pela lei; a atuação estatal será respaldada através dela, e não por um simples voluntarismo discricionário de seus agentes. Sendo assim, a lei deve ser posta exatamente como mecanismo de proteção do mais débil dessa relação indivíduo/Estado, destaque especial materializado concretamente na figura dos direitos fundamentais do indivíduo. Tal retém o fundo de legitimidade, em maior ou menor medida, de todo Estado de Direito, devendo ser instrumentalizados pelas ditas garantias normativas fundamentais que lhes darão respaldo para a sua plena aplicação. A restrição que possa haver à atuação estatal, a seu turno, não fica adstrita a direitos indisponíveis do indivíduo, mas também dota o Estado do dever de respeitar, quando houver, a disponibilidade deles e assegurar essa condição.

De outra parte, se "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5° II da CF), deve também o Estado Democrático de Direito resguardar a liberdade de pensamento, de consciência, de crença, jamais sendo alguém privado de direitos por motivo de convicção filosófica ou política (5° IV, VI e VIII da CF), o que representa a consagração da proibição de ingerência do Estado no âmbito da autonomia moral de cada indivíduo, suprimindo qualquer reprovação penal nessa seara. Portanto, especificamente em matéria processual penal, de maior sensibilidade por tratar-se de liberdades públicas, a atuação estatal em nada deve ter como fonte e ser autorizada por normas de cunho ético, senão pela guarida jurídica respaldada normativamente pelos limites ao poder punitivo constitucionalmente estabelecido.



QUESTÃO 21

No artigo 1º do Código de Ética do Advogado, afirma-se que "o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional". À luz de tais princípios e normas, bem como da legislação ordinária, avalie as afirmações a seguir.

- I. O advogado deve recusar-se a fazer defesa criminal se considerar o réu culpado.
- II. O advogado-empregado tem direito aos honorários de sucumbência fixados em sentença referente à ação em que tenha atuado em nome da empresa que o emprega.
- III. As verbas recebidas a título de honorários contratuais devem ser deduzidas dos honorários de sucumbência.
- IV. A litigância de má-fé, prevista pelo Código de Processo Civil, deve ser objeto de ação específica, o que impede condenação do advogado nos próprios autos da ação em que atuou.
- V. É permitido que uma sociedade de advogados que atue com dois profissionais distintos represente interesses opostos em um mesmo processo.

É correto apenas o que se afirma em

A. lelll.

B. le V.

C. II e IV.

D. II e V.

E. III e IV.

Gabarito: (C)

Autor: Roque Bregalda



A afirmativa I é falsa. Não cabe ao advogado julgar o réu culpado ou inocente. O art. 21 do Código de Ética e Disciplina estabelece que: «É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado».

– A afirmativa II é verdadeira, pois cabe ao advogado da causa perceber os honorários de sucumbência. Estabelece o art. 21 da Lei 8.906/94, do Estatuto da Advocacia, que: "Nas causas em que for parte o empregador, ou por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados".

A afirmativa **III** por si só já é falsa, por estar vinculada à afirmativa **I**, que é falsa. O Estatuto da Advocacia assegura ao advogado o direito aos honorários contratados sem ter que deduzir o valor de eventual sucumbência. O art. 22 da Lei 8.906/94 estabelece que: "A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência".

– A afirmativa IV é nossa segunda afirmativa verdadeira. Pelo princípio constitucional da indispensa-bilidade do advogado na administração da justiça – CF/88, art. 133 –, não cabe ao juiz da causa aplicar penalidade ao advogado da causa, nos autos do processo em que atua. A litigância de má-fé, espécie do gênero lide temerária, só pode ser aplicada ao advogado quando configurar prática de dolo ou culpa, em ação própria. Estabelece o parágrafo único do art. 32 do Estatuto da Advocacia que: "Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com o cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria".

Por último, em **V**, temos mais uma afirmativa falsa. Ainda que não por simples exclusão por estar vinculada a outras afirmativas falsas, o art. 15, § 6º da Lei 8.906/94, reza que: "Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos".



QUESTÃO 22

Os argumentos e a racionalidade da teoria da aparência estão fundamentados na ética das relações. Essa teoria tem por fim permitir a solução dos conflitos que surgem nos negócios jurídicos, no âmbito tanto do direito empresarial quanto do direito civil, motivados por divergências entre os elementos volitivos e as declarações feitas.

Acerca da teoria da aparência, objeto do texto acima, avalie as afirmações a seguir.

- A teoria da aparência pressupõe equívoco cometido por homem médio que considera como situação de direito uma situação de fato, cercada de circunstâncias enganosas.
- II. Nos casos em que a teoria da aparência é aplicada, adota-se a ficção de inexistência do erro, e o negócio é validado conforme a convicção daquele que errou.
- III. A teoria da aparência tem por objetivo proteger interesses, mesmo que ilegítimos; assim, mediante sua aplicação, são reconhecidos como válidos os atos praticados enganosamente.

É correto o que se afirma em

- A. I, apenas.
- B. III, apenas.
- C. I e II, apenas.
- D. II e III, apenas.
- E. I, II e III.

Gabarito: (C)

Autora: Gabriela Wallau Rodrigues

COMENTÁRIO 1

A questão versa sobre a Teoria da Aparência, segundo a qual, em síntese, consideram-se válidos atos jurídicos realizados erroneamente, desde que de boa-fé e pautados pela escusabilidade.



A aparência de direito é assim definida por Álvaro Malheiros:29

Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real manifesta um outro fenômeno – não existente materialmente nem imediatamente real – e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto.

A ideia, portanto, é proteger o agente que se equivoca em relação a uma determinada situação de fato – como, por exemplo, aquele que se dirige a determinado estabelecimento empresarial e negocia com quem, estando atrás do balcão, imagina ter efetivamente poderes para representar a pessoa jurídica, mas, na realidade, não os tem. É o que ocorre também no caso do herdeiro putativo, que todos imaginam ser herdeiro de direito e, posteriormente, comprova-se que não o era.

Por certo, a fim de evitar distorções, nem toda situação de equívoco pode ser considerada válida. O alcance da Teoria da Aparência tem como pressupostos: (a) a boa-fé objetiva (não bastando simplesmente a análise psicológica da ignorância, mas também efetivo o cumprimento do dever de cuidado pelo agente); e (b) a escusabilidade (ou seja, qualquer "homem médio", como referido pela assertiva I acima, teria igualmente, dadas as circunstâncias fáticas, incidido no mesmo equívoco). Portanto, mostra-se errada a assertiva III da questão, uma vez que não são quaisquer interesses, muito menos aqueles ilegítimos, que podem ser validados pela aplicação da Teoria da Aparência.

Observa-se ainda que, nas relações empresariais, a importância da Teoria da Aparência acentua-se no que diz respeito à proteção daqueles que negociam com os administradores (ou seja, com quem presenta a pessoa jurídica) sem necessariamente conhecer os limites dos poderes em que estão investidos. Eis por que o Enunciado n. 11 da 1ª Jornada de Direito Comercial buscou evidenciar que, muito embora o art. 1.015 do Código Civil³º preveja que o terceiro possa ser atingido pela limitação de poderes do administrador, a eficácia da norma fica condicionada à observância da Teoria da Aparência. Veja-se: "Enunciado 11. A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé".

Por fim, destaca-se que o sistema jurídico brasileiro consagra a ideia em diversos de seus dispositivos legais, a exemplo do art. 309 do Código Civil, que expressamente prevê que "o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor". Ou seja, tal como referido na assertiva II da questão, a validação do negócio se dará de acordo com a convicção daquele que errou. Imaginando ter pago ao verdadeiro credor, assim então será validamente considerado.

Autora: Ana Cláudia Redecker

²⁹ MALHEIROS, Álvaro. Aparência de Direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* n. 6, São Paulo, out-dez., 1978, p. 4.

³º "Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."



Conforme o texto da Questão 22, a Teoria da Aparência é princípio de direito que fundamenta negócios jurídicos, no âmbito tanto do direito empresarial quanto do direito civil. O Código Civil de 2002 lança seus fundamentos em vários dispositivos legais.

A Teoria da Aparência tem como objetivo dar segurança jurídica às relações, que são estabelecidas sem a verificação minuciosa da veracidade dos fatos que envolvem o negócio jurídico em questão. *V.g.*: exigir a apresentação de uma certidão da Junta Comercial, a fim de verificar se o contrato social apresentado para demonstrar os poderes dos administradores para a realização do negócio efetivamente corresponde ao último ato da Sociedade, arquivado neste Órgão.

Essa teoria, assim, efetiva-se por meio da proteção ao terceiro de boa-fé, que, confiando nas informações prestadas, bem como na aparência legítima exteriorizada pelo sujeito, não poderá ser prejudicado em detrimento de quem aparentou legitimidade enquanto, na realidade, não a detinha.

Nesse sentido dispõem as assertivas I e II abaixo transcritas:

- A teoria da aparência pressupõe equívoco cometido por homem médio que considera como situação de direito uma situação de fato, cercada de circunstâncias enganosas.
- II. Nos casos em que a teoria da aparência é aplicada, adota-se a ficção de inexistência do erro, e o negócio é validado conforme a convicção daquele que errou.

Destarte, na aplicação da Teoria da Aparência, é apresentada como verdadeira uma situação que de fato não é, mas pela qual uma pessoa leva a termo um negócio jurídico com terceiro de boa-fé. Esse terceiro de boa-fé deve ser resguardado, e a pessoa que criou a situação aparente deve responder pelos efeitos advindos dela.

Por fim, a assertiva contida no inciso III não está correta porque a Teoria da Aparência não tem por objetivo proteger interesses ilegítimos, uma vez que a proteção de uma aparência em detrimento de um direito somente será admitida quando estivermos diante de um atentado ao dever de atuar de boa-fé.

Autora: Liane Tabarelli Zavascki

COMENTÁRIO 3

A Teoria da Aparência, embora não positivada expressamente no Direito brasileiro, visa proteger o sujeito de boa-fé nos negócios jurídicos, nos quais aparentemente uma situação de fato revela como se verdadeira fosse uma realidade que não o é. Desse modo, verifica-se que a "necessidade de se conferir proteção àquele que, de boa-fé, realizou um negócio jurídico, impõe que a situação aparente surta os mesmos efeitos jurídicos da situação que aparentou ser, de modo que um fenômeno que não existiu acaba gerando efeitos, como se real fosse".³¹ Logo, a aplicação dessa teoria permite validar o negócio

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 24, março 1982, p. 222-231. p. 223.



jurídico quando o titular que exerce o direito, aparentemente, parecia estar apto para tanto ou o próprio direito exercido, aparentemente, parecia existir. Regra que abriga esse entendimento está, por exemplo, contemplada nos artigos 309³² e 311³³ do Código Civil de 2002 sobre o credor putativo. Veja-se que

o direito não pode prescindir da aparência. Quando chegamos ao caixa de um banco e efetuamos um pagamento, não temos necessidade de averiguar se a pessoa que recebe é funcionária da instituição financeira. Na verdade, a aparência é uma forma de equilíbrio de toda vida social. Pode ocorrer o pagamento a pessoa que tenha a mera aparência de credor ou de pessoa autorizada. Trata-se do credor putativo. O exemplo mais marcante é a situação do credor aparente. Contudo, muitas hipóteses podem ocorrer. Suponhamos o caso de alguém que, ao chegar a um estabelecimento comercial, paga a um assaltante, que naquele momento se instalou no guichê de recebimentos, ou a situação de um administrador de negócio que não tenha poderes para receber, mas aparece aos olhos de todos como um efetivo gerente. Não se trata apenas de situações em que o credor se apresenta falsamente com o título ou com a situação, mas de todas aquelas situações em que se reputa o accipiens como credor. [...] A lei condiciona a validade do pagamento ao fato de accipiens ter a aparência de credor e estar o solvens de boa-fé. Restará ao verdadeiro credor haver o pagamento do falso accipiens.³⁴

Trata-se, em última instância, da influência da boa-fé objetiva, prevista no art. 422, CC/02, a qual adverte que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Dessa forma, diante desses registros, com relação às afirmativas da questão, pode-se inferir que:

- I. A teoria da aparência pressupõe equívoco cometido por homem médio que considera como situação de direito uma situação de fato, cercada de circunstâncias enganosas. A assertiva é verdadeira, já que a tutela da aparência incide sobre o erro escusável, aquele que pessoa cautelosa e prudente cometeria.
- II. Nos casos em que a teoria da aparência é aplicada, adota-se a ficção de inexistência do erro, e o negócio é validado conforme a convicção daquele que errou. A assertiva é verdadeira, tendo em vista que, a partir da aplicação da teoria da aparência, deixa-se de invalidar um negócio jurídico a fim de prestigiar a boa-fé do terceiro envolvido na situação, consoante já relatado.
- III. A teoria da aparência tem por objetivo proteger interesses, mesmo que ilegítimos; assim, mediante sua aplicação, são reconhecidos como válidos os atos praticados enganosamente. A assertiva é equivocada, pois se pode dizer que há aproximação entre a teoria da aparência e a tutela da boa-fé, não se prestando, pois, a mesma para proteger interesses ilegítimos.

³² Art. 309, CC/02: "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor".

³³ Art. 311, CC/02: "Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante".

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182-184, v. 2.

QUESTÃO 23

Maria, servidora pública federal, mãe de 2 filhos, ingressa com Ação Ordinária na Justiça Federal, para declaração de inexigibilidade do imposto de renda sobre os valores recebidos pela autora a título de auxílio pré-escola, abstenção da retenção do imposto de renda sobre os mesmos valores e consequente restituição dos valores já descontados e retidos em seus vencimentos. A autora requer, ainda, antecipação de tutela, para evitar as retenções enquanto aguarda a decisão da lide. Utiliza, como fundamento para seu pedido, decisão do STJ que traz a seguinte ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II, E 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 310/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. [...] 3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o auxílio-creche funciona como indenização, não integrando, portanto, o salário de contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ. Precedentes: EREsp 394.530/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 28/10/2003; MS 6.523/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 22/10/2009; AgRg no REsp 1.079.212/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 13/05/2009; REsp 439.133/ SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/09/2008; REsp 816.829/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 19/11/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.111.175/SP, DJe de 01/07/2009.

Considerando esse contexto, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. O pedido de antecipação de tutela é cabível, visto que se demonstra, inequivocamente, a verossimilhança das alegações, apontando, inclusive, sua concordância com a decisão dos tribunais, conforme requisito exigido pelo Código de Processo Civil.

PORQUE

II. Nos termos previstos pela legislação vigente, em especial pelo Código de Processo Civil, deve a parte requerente demonstrar, para a obtenção da tutela antecipada, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.



A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- D. A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.

Gabarito: (B)

Autor: Fábio Canazaro

COMENTÁRIO

A Questão 23 da prova do ENADE envolve interpretação de texto referente a uma questão de Direito Tributário, bem como conhecimentos específicos da matéria processual civil (tutela antecipada).

O caso apresentado na questão é o de uma pessoa física que ingressa com ação buscando o reconhecimento da não incidência do Imposto de Renda (IR), sobre espécie de valor recebido (auxílio-pré-escola). Na hipótese há a referência a um pedido de antecipação de tutela "para evitar futuras retenções" do IR – esse o elemento nuclear da questão; isso porque o pedido de antecipação vai embasado em um julgado do STJ, que reflete a posição da Corte em relação à natureza desse tipo de verba.

Aqui deve-se ter atenção: isso porque o precedente citado não retrata exatamente o mesmo caso da ação em que se busca a antecipação dos efeitos da sentença. Ambos referem-se efetivamente de auxílio (creche ou pré-escola), e o interpretam como uma verba indenizatória — o ponto-chave para a configuração de um dos elementos da antecipação de tutela: a verossimilhança. Porém, o caso julgado pelo STJ refere-se à não incidência de contribuição previdenciária, enquanto o da ação intentada refere-se à não incidência do Imposto de Renda — tributos de espécie diferente. Independentemente dessa diferença, que serve, creio eu, para provocar uma reflexão sobre a pertinência do paradigma sobre o caso concreto, entendo que, pelo fato de o STJ ter atribuído à referida verba o caráter de "indenizatória", estaria justificada a hipótese de não incidência do IR.

Em relação às assertivas, da mesma forma, destaco a necessidade de atenção.

Na assertiva I, a verossimilhança, de fato, está demonstrada pela natureza da verba "indenizatória", ainda que não tenha sido provada a plena concordância com a decisão do Tribunal; isso porque o Tribunal decidiu em relação à contribuição previdenciária, e a ação intentada visa afastar a incidência do IR. Em outras palavras, ainda que o fundamento de decidir seja o mesmo – não incidência sobre verba indenizatória –, não se pode afirmar que há plena (ou total) concordância com a decisão do STJ, pois o Tribunal não julgou caso de Imposto de Renda.

Na assertiva II, está um dos elementos para a concessão da antecipação de tutela; porém esse elemento não justifica a assertiva I. Na assertiva I, o que tende a garantir a antecipação de tutela é a verossimilhança, decorrente da interpretação dada pelo STJ à verba do auxílio-creche; na II, o que tende a justificar é o perigo de dano.

Diante disso, aponto como correta a alternativa **B**.



QUESTÃO 24_

Uma das obrigações implícitas de quem exerce o direito de ação é a de apresentar com clareza o que se postula, "porque a exata compreensão do postulado irá influir decididamente na possibilidade de defesa, dificultando o contraditório," e "a ausência de clareza importa em retardamento da prestação jurisdicional, maculando o princípio da duração razoável do processo".

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Processo nº 00634-2011-015-03-00-6*, RO, DEJT de 25/06/2012.

Considerando a necessidade de clareza da postulação, conforme alude o texto acima, suponha que, em uma ação trabalhista, tenha sido impossível ao juiz determinar exatamente a pretensão do autor. Nessa situação, infere-se que

- A. o autor incorreu em ofensa ao princípio da lealdade processual.
- **B.** a falha do autor caracteriza falta de interesse processual de sua parte.
- C. o juízo acionado deve declarar abuso do direito de ação pelo autor.
- **D.** o juízo acionado deve declarar inépcia da petição inicial ou do pedido.
- E. a parte autora deve ser punida mediante aplicação do instituto da confissão.

Gabarito: (D)

Autora: Martha Macedo Sittoni



Entende-se que a falta de clareza em determinada postulação ocasiona a inépcia da petição inicial ou do pedido. Isso porque o art. 295, parágrafo único, do CPC, dispõe que se considera inepta a petição inicial (alterado pela L-005.925-1973):

- I Ihe faltar pedido ou causa de pedir;
- II da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- III o pedido for juridicamente impossível;
- IV contiver pedidos incompatíveis entre si.

Assim, percebe-se que a ausência de clareza, a falta de pedido ou de causa de pedir, a confusão e falta de lógica na pretensão são hipóteses de inépcia, circunstância que permitirá ao julgador extinguir o feito sem resolução do mérito.



QUESTÃO 25_

A noção de Constituições rígidas é decorrência dos movimentos constitucionalistas modernos, surgidos principalmente a partir de meados do século XVII. Conquanto estivesse entre os objetivos desses movimentos idealizar nova forma de ordenação, fundamentação e limitação do poder político por meio de documento escrito, tornou-se necessária a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos.

Considerando-se o disposto na Constituição Federal de 1988, seria constitucional lei que

- permitisse a contratação de promotor de justiça, sem concurso público, mediante livre escolha do procurador-geral de justiça.
- II. obrigasse membros de associações a permanecerem associados por vinte anos.
- III. proibisse o anonimato em reclamações encaminhadas a qualquer ente da Administração Pública Direta e Indireta.

É correto o que se afirma em

- A. I, apenas.
- B. III, apenas.
- C. I e II, apenas.
- D. II e III, apenas.
- E. I, II e III.

Gabarito: (B)

Autora: Luiza Matte

COMENTÁRIO

Constituição rígida é aquela que não se altera como qualquer lei, ou seja, possui um processo próprio, mais elaborado, para poder ser modificada. O processo de reforma de uma Constituição rígida vem previsto nela mesma e, portanto, é obra do Poder Constituinte, que, entre outras coisas, cria a Constituição, prevê as possibilidades de reforma e constitui os demais poderes do Estado, entre eles o



Poder Legislativo, chamado, como os demais, à exceção do Poder Constituinte, de poder constituído.

Os poderes constituídos devem exercer suas funções de acordo com o disposto no sistema constitucional e é nesse sentido que, na questão em tela, pergunta-se que tipos de hipotéticas leis, obviamente advindas do Poder Legislativo constituído, seriam ou não constitucionais. É de se grifar que se trata de uma questão hipotética, que leva o aluno a pensar a Constituição como sistema e também como fundamento do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Com relação à assertiva I, tem-se que a Constituição estipula o concurso público como regra para o ingresso na Administração, o que se observa no art. 37 da Lei Maior. Assim, a hipótese de um membro do Ministério Público escolhido livremente pelo procurador-geral de justiça, sem concurso público, fere essa regra, indo contra o sistema constitucional e podendo ser, portanto, descartada por inconstitucional.

Quanto à assertiva II, há norma constitucional expressa, qual seja, o inciso XX do art. 5° da CF/88, que veda a obrigatoriedade de permanecer associado, sendo a inconstitucionalidade da hipótese bastante clara.

Por fim, no que tange à assertiva **III**, não há inconstitucionalidade, pois a vedação do anonimato faz parte do sistema constitucional de modo incisivo, como condição para a manifestação do pensamento. Sabe-se que o anonimato é vedado para que seja possível a punição dos excessos eventualmente cometidos ao exercer-se a liberdade de expressão, sendo a proibição expressa no art. 5°, IV, da Constituição de 1988 e reforçada no art. 220 do mesmo diploma legal.

QUESTÃO 26 (ANULADA)_

Os relatórios, de forma sintética, identificaram os seguintes desafios que se colocam para o Judiciário: 1) uma trajetória de judicialização em que vários atores (governo, mídia e advocacia) fomentam o crescimento da litigiosidade; 2) uma conjuntura socioeconômica que colaborou para um crescimento vertiginoso de demandas ligadas ao sistema de crédito no Brasil; 3) um quadro de variados incentivos para a litigação e para a interposição de recursos, o que só reforça a morosidade e o congestionamento do sistema judicial, em um círculo vicioso e em um contexto em que a cultura de conciliação ainda encontra pouco espaço.

Diante desses desafios, conclui-se que, em face da crise da morosidade judicial, o Judiciário não pode agir mais reativamente ao aumento sistemático da litigância processual. Ações de caráter proativo, capitaneadas pelo Poder Judiciário, incluindo-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são necessárias para o efetivo combate do problema e passam pelo aperfeiçoamento da gestão judicial, pela legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, pela elaboração de políticas de redução e de filtro das demandas judiciais e pela cooperação interinstitucional com órgãos da Administração Pública (no caso presente, com INSS, Ministério da Previdência Social e Banco Central) e com instituições privadas ligadas ao maior número de litígios (bancos, empresas de telefonia etc.).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Demandas repetitivas e morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília, jul. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2012 (adaptado).

Considerando o contexto brasileiro abordado no texto acima, verifica-se que

- A. a disponibilização de crédito à população, em conjunto com a melhoria relativa de renda, cria condições de aplicação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, já devidamente legitimados no sistema jurídico brasileiro.
- **B.** a morosidade do Judiciário, como referido no texto, pode ser atribuída, entre outras causas, ao surgimento de demandas repetitivas capitaneadas por grandes litigantes, que, continuamente, se recusam a legitimar os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.
- C. a existência de um sistema recursal que incentiva a litigância processual e a concentração das demandas repetitivas em poucos litigantes institucionais, tanto na Administração Pública quanto nas instituições privadas, favorecem a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.
- D. o Poder Judiciário, em conjunto com o CNJ, criou, conforme mencionado no texto, condições para



- se melhorar a resolução dos conflitos, ao incentivar o acesso à justiça e a busca de solução do litígio processual de forma célere, reduzir o número de recursos processuais e estabelecer metas quantitativas de sentenças a serem cumpridas pelos magistrados.
- **E.** o aumento da litigância processual é fruto, entre outros fatores, da melhoria de renda da população, do maior acesso à informação e da progressiva conscientização do cidadão acerca das suas garantias jurídicas e dos caminhos processuais de efetivação.

QUESTÃO 27 __

Nos contratos de massa, os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da livre iniciativa, o preenchimento do conceito de "Estado Democrático de Direito", os princípios da liberdade, justiça e solidariedade, o da igualdade e as diretrizes da política nacional do consumo, entre as quais se destaca o princípio da boa-fé, oferecem aos tribunais sólidas bases de referência para a interpretação, no contrato, de uma "normativa intervencionista", quando violados, ou em vias de serem violados, ditos princípios.

MARTINS-COSTA, J. Crise e modificação da ideia de contrato. *In*: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. *Doutrinas essenciais*: obrigações e contratos. v. III. São Paulo: RT, 2011 (adaptado).

À luz da visão intervencionista a que o texto acima alude e considerando a jurisprudência dos tribunais brasileiros, avalie as afirmações a seguir.

- I. O simples descumprimento de um contrato dá ensejo à indenização por dano moral.
- II. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável a contratos firmados antes da vigência desse dispositivo legal.
- III. Um juiz pode conhecer, de ofício, a abusividade de cláusulas contratuais em relação de consumo de que tenha conhecimento.
- IV. Quando o consumidor for réu, a competência pode ser declinada, de ofício, para o seu domicílio.
- V. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação em defesa de interesses individuais homogêneos.

É correto apenas o que se afirma em

- A. lell.
- B. lelV.
- C. II e III.
- D. II e V.
- E. IV e V.



Gabarito: (E)

Autora: Liane Tabarelli Zavascki

COMENTÁRIO

I. O simples descumprimento de um contrato dá ensejo à indenização por dano moral. Trata-se de assertiva equivocada, já que o direito à reparação do consumidor surge quando o mesmo experimenta prejuízos em função do descumprimento contratual, não obstante os danos a serem reparados sejam de ordem exclusivamente moral. Observe-se:

A proteção da integridade pessoal e patrimonial do consumidor, nesse sentido, tem autonomia em relação às hipóteses de cumprimento retardado da obrigação, mediante a utilização das alternativas do art. 35, I e II, e mesmo em relação à decisão de resolver o contrato. O direito à reparação do consumidor, neste sentido, é passível de exercício desde quando haja dano. O que no caso do descumprimento da oferta, poderá surgir da mera violação do dever pelo fornecedor. Ou seja, o direito à indenização tem como pressuposto apenas a existência da violação do dever e dos danos que tenham sido causados por este ilícito. Eventual atendimento do fornecedor às alternativas determinadas pelo consumidor, de cumprimento específico posterior, ou substituição por produto ou serviço equivalente, não exonera o dever de indenizar, embora certamente o atenue, quando os danos não se restrinjam à mera falta da prestação principal, mas sim, que tenham sido decorrência desta ausência do cumprimento do dever pelo fornecedor.³⁵

E, ainda:

A regra, portanto, é da possibilidade do consumidor postular perdas e danos, segundo o art. 35, combinado com o art. 6°, VI, do CDC, sempre que, em face do descumprimento da oferta, apresentação ou publicidade, decorrerem danos materiais ou morais. Ao lado desta alternativa, de modo cumulativo, é reconhecido ao consumidor o direito de postular as demais alternativas relacionadas no artigo 35, quais sejam: o cumprimento específico da obrigação, a substituição do produto ou serviço ofertado por outro equivalente, ou ainda a rescisão do contrato.³⁶

II. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável a contratos firmados antes da vigência desse dispositivo legal. Há doutrinadores³⁷ e jurisprudência que defendem essa possibilidade em se tratando de contratos que, não obstante tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 8.078/1990, são de trato continuado. Isso em razão de que o CDC é norma de ordem pública e visa concretizar as normas constitucionais dos art. 5°, XXXII ("o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor") e art. 170, VI ("A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor") da Constituição. Assim, não haveria desrespeito

³⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 271.

³⁶ Ibidem, loc. cit.

³⁷ Claudia Lima Marques e Rizzatto Nunes, por exemplo.



ao art. 5°, XXXVI, da CF/88³⁸ e ao art. 6° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³⁹ Ocorre que essa aplicabilidade imediata se refere apenas aos contratos com eficácia duradoura.

III. Um juiz pode conhecer, de ofício, a abusividade de cláusulas contratuais em relação de consumo de que tenha conhecimento. Há quem entenda pela possibilidade, nas relações de consumo, de conhecimento pelo julgador da abusividade de cláusulas contratuais independentemente de requerimento da parte interessada. A doutrina se inclina nesse sentido. Veja-se:

As normas de proteção ao consumidor da Lei 8.078/1990 são de "ordem pública e interesse social" (art. 1º do CDC). A sanção específica para as cláusulas abusivas é a "nulidade de pleno direito" (art. 51, *caput*) ou "nulidade absoluta", utilizando-se da terminologia do Código Civil (arts. 166 a 170). Uma das consequências mais visíveis dessas características é justamente a possibilidade de o juiz declarar a nulidade independentemente de pedido. O parágrafo único do art. 168 é claro: "As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes". Portanto, o reconhecimento da abusividade e consequente declaração de nulidade das cláusulas inseridas em contratos de consumo podem e devem ser conhecidas de ofício (*ex officio*) pelo magistrado. Assim, independentemente da formulação de qualquer pedido na ação ajuizada pelo consumidor ou até mesmo quando o consumidor figurar como réu. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que 'O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta' (art. 128 do CPC).40

Do mesmo modo:

O controle das cláusulas abusivas e decretação da sua nulidade é competência tipicamente judicial. Cumpre ao juiz o exame e reconhecimento de cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo, decretando sua nulidade e realizando a integração do contrato, quando julgue ser o caso, mediante requerimento do consumidor, interessado, de quem o represente adequadamente, ou mesmo de ofício.⁴¹

Por outro lado, nos contratos bancários, onde a legislação consumerista é aplicável⁴², a matéria se encontra sumulada. Trata-se da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". Dessa forma, pode-se compreender que essa afirmativa não procede, em razão desse entendimento da jurisprudência – o qual é solicitado no enunciado da questão – não obstante haja divergências acerca do tema em tela.

IV. Quando o consumidor for réu, a competência pode ser declinada, de ofício, para o seu domicílio. O art. 6°, VIII, do CDC⁴³ disciplina que deve ser facilitada a defesa dos direitos do consumidor. A fim

³⁸ Art. 5°, XXXVI, CF/88: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

³⁹ Art. 6°, LICC: "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

⁴⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 348-403 e p. 370-31.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 339.

⁴² Art. 3° da Lei n. 8.078/1990: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (grifo nosso).

⁴³ Art. 6º da Lei n. 8.078/1990: "São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]".



de se prestigiar tal regra, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a competência territorial, em se tratando de relação de consumo, pode ser declinada *ex officio* pelo julgador, já que se trata de matéria de ordem pública. Assim, a fim de se prestigiar o consumidor, afasta-se a aplicação da Súmula 33⁴⁴ desse Tribunal.⁴⁵ Portanto, essa assertiva está correta.

V. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação em defesa de interesses individuais homogêneos. O art. 82, I, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶, fazendo remissão ao art. 81 do mesmo diploma legal⁴⁷, disciplina a possibilidade de o Ministério Público ajuizar ações coletivas. Sobre a legitimidade de o MP propor ação em defesa de interesses individuais homogêneos, entende-se que

não há dúvida da legitimidade do *Parquet* para a defesa dos direitos individuais homogêneos – e, claro, também dos direitos difusos e coletivos. [...] Diz o inciso III do art. 129 da Constituição Federal que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O problema posto, portanto, está em saber se ação coletiva visando proteger direitos individuais homogêneos está incluída na expressão "outros interesses difusos e coletivos". E, conforme já demonstramos, direito individual homogêneo é um tipo de direito coletivo. Logo, se é direito coletivo, está posto no próprio texto constitucional a legitimidade do *Parquet*. Mas, além disso, a Lei n. 8.078/90 expressamente garantiu tal legitimidade.⁴⁸

Por fim, assinala-se também que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria e o fez no sentido aqui exposto.⁴⁹ Logo, essa afirmativa está correta.

Assim, diante dos apontamentos anteriores, a resposta da questão está contida na alternativa **E**, ou seja, o que se afirma nas assertivas **IV** e **V** é correto.

⁴⁴ Súmula 33, STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

⁴⁵ Nesse sentido: TJDF, acórdão nº 679808, Relª. Desa. Simone Lucindo, julgado em 22/05/2013; do mesmo Tribunal: acórdão nº 664286, Relª. Desa. Simone Lucindo, julgado em 21/03/2013; acórdão nº 633228, Rel. Des. Alfeu Machado, julgado em 08/11/2012 e acórdão nº 383675, Rel. Des. Flavio Rostirola, julgado em 15/10/2009.

⁴⁶ Art. 82, CDC: "Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, [...]".

⁴⁷ Art. 81, CDC: "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

⁴⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 744-746.

⁴⁹ RE 185.360-3-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 17.11.1997.



QUESTÃO 28

Avalie as seguintes afirmações com referência à competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de dissídios coletivos, possessórias, mandados de segurança e *habeas data*.

- I. A competência funcional para processar e julgar dissídios coletivos é dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, conforme a área de abrangência do conflito e a representação das categorias envolvidas no conflito de interesses.
- II. A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ações possessórias, incluído o interdito proibitório, ainda que essas ações sejam decorrentes do exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.
- III. Os Tribunais Regionais do Trabalho são competentes para julgar mandado de segurança em que figure como autoridade coatora juiz, titular ou substituto, de vara do trabalho; juiz de direito investido na jurisdição trabalhista e o próprio tribunal ou qualquer dos seus órgãos colegiados ou monocráticos.
- IV. É da Justiça comum a competência para impetrar habeas data em favor do empregador, contra órgão de fiscalização da relação de trabalho que se nega a fornecer informações sobre processo administrativo.

É correto apenas o que se afirma em

- A. lell.
- B. lell.
- C. III e IV.
- D. I, II e IV.
- E. II, III e IV.

Gabarito: (B)

Autora: Denise Pires Fincato



A questão é de complexidade média. Exige do candidato conhecimentos sobre os limites da Jurisdição Trabalhista, especialmente focando na competência material, o que lhe demandará domínio dos dispositivos constitucionais e processuais (trabalhistas) pertinentes. Pontualmente, então, deve-se estudar o artigo 114 da CF/88 e a CLT em seus dispositivos relativos à Organização da Justiça do Trabalho (delegação constitucional) e Competência (artigos 651, 678 e vizinhos).

Como eixo da questão nº 28, a base constitucional merece ser relembrada:

Art. 112 - A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

Art. 113 - A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantia e condições de Exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o";

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, «a», e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Pelo gabarito oficial, o candidato deverá ter assinalado a alternativa **B** como certa, que toma por corretos os enunciados **I** e **III**, a seguir transcritos:

- A competência funcional para processar e julgar dissídios coletivos é dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, conforme a área de abrangência do conflito e a representação das categorias envolvidas no conflito de interesses.
- III. Os Tribunais Regionais do Trabalho são competentes para julgar mandado de segurança em que figure como autoridade coatora juiz, titular ou substituto, de vara do trabalho; juiz de direito investido na jurisdição trabalhista e o próprio tribunal ou qualquer dos seus órgãos colegiados ou monocráticos.



Comenta-se.

Com relação à assertiva I, essa realmente está correta, com base no art. 114 da CF/88, conjugado com o art. 678 e seguintes da CLT que a seguir são colacionados.

Em síntese, aos Regionais é conferida a competência ORIGINÁRIA para apreciar e julgar os conflitos coletivos apresentados por entidades sindicais com bases territoriais em sua região de atuação (exemplo: entidade sindical com base no município de Canoas/RS, competência para o dissídio coletivo no TRT4).

A área de abrangência do conflito e o tipo de representação das categorias em litígio são determinantes para o desdobramento mencionado na questão: a competência do Tribunal Superior do Trabalho, em atuação excepcionalmente originária, nos dissídios coletivos. Sim, eis que a categoria pode estar representada pela Federação; e/ou o conflito pode abranger empregados/empresas em mais de uma unidade federada brasileira⁵⁰ (o que estenderia a competência para conhecer a matéria, então e de forma irregular, a mais de um Regional) e/ou na circunstância de dissídio coletivo de natureza jurídica (não meramente econômica).

Pois, nessas circunstâncias, ao Tribunal Superior do Trabalho será destinada a competência ORI-GINÁRIA para conhecer e julgar dissídio coletivo, por ser ente da organização judiciária trabalhista com competência territorial superior a um estado federativo, ou seja, nacional e, ainda, por sua missão institucional de manutenção da coesão do sistema justrabalhista.

Art. 677. A competência dos Tribunais Regionais determina-se pela forma indicada no Art. 651⁵¹ e seus parágrafos e, nos casos de dissídio coletivo, pelo local onde este ocorrer. Art. 678. Aos <u>Tribunais Regionais</u>, quando divididos em Turmas, compete:

- I ao Tribunal Pleno, especialmente:
- a) processar, conciliar e julgar originariamente os dissídios coletivos;
- b) processar e julgar originariamente:
- 1) as revisões de sentenças normativas;
- 2) a extensão das decisões proferidas em dissídios coletivas;
- 3) os mandados de segurança;
- 4) as impugnações à investidura de Juízes classistas e seus suplentes nas Juntas de Conciliação e Julgamento;
- c) processar e julgar em última instância;
- 1) os recursos das multas impostas pelas Turmas;
- 2) as ações rescisórias das decisões das Juntas de Conciliação e Julgamento, dos Juí-

Neste sentido, vide a Lei nº 7.7.01/88, que em seu art. 2º estatui: "Compete à seção especializada em dissídios coletivos, ou seção normativa: I - originariamente: a) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei; [...]". Exceção se aplica na hipótese dos Tribunais Regionais da 2ª e 15ª Regiões (ambos no Estado de São Paulo), eis que a Lei de criação do TRT15 instituiu ser do TRT2 a competência na hipótese de confusão territorial entre estes (vide Lei 9.254/96, art. 12, compete exclusivamente ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região processar, conciliar e julgar os dissídios coletivos nos quais a decisão a ser proferida deva produzir efeitos em área territorial alcançada, em parte, pela jurisdição desse mesmo Tribunal e, em outra parte, pela jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região).

⁵¹ "Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

^{§ 1}º Quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

^{§ 2}º A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional disposto em contrário. § 3º Em se tratado de empregador que promove realização de atividades fora do lugar do controle de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços."



zes de Direito investidos na jurisdição trabalhista, das Turmas e seus próprios acórdãos;

- 3) Os conflitos de jurisdição entre as suas Turmas, os Juízes de Direito investidos na jurisdição trabalhista, as Juntas de Conciliação e Julgamento, ou entre aquelas e estas;
- d) julgar em única ou última instância:
- 1) os processos e os recursos de natureza administrativa atinentes aos seus serviços auxiliares e respectivos servidores;
- 2) as reclamações contra ato administrativo de seu Presidente ou de qualquer de seus membros, assim como dos Juízes de Primeira instância e de seus funcionários;
- II às Turmas:
- a) julgar os recursos ordinários previstos no Art. 895, (a);
- b) julgar os agravos de petição de instrumento, estes de decisões denegatórias de recurso de sua alçada;
- c) impor multas e demais penalidades relativas a atos de sua competência jurisdicional,
 e julgar os recursos interpostos das decisões das Juntas e dos Juízes de Direito que as impuserem.

Parágrafo único. Das decisões das Turmas não caberá recurso para o Tribunal Pleno, exceto no caso do inc. I da al. c do item 1, deste artigo.

Já no que toca à assertiva **III**, também deve ser tido por correto pelos argumentos a seguir esposados.

O enunciado segue tratando da competência dos Regionais, especialmente na apreciação e julgamento de Mandados de Segurança. Guise-se, por oportuno, que o Procedimento Especial "Mandado de Segurança" é admitido na Justiça do Trabalho, forte no art. 769 da CLT, seguindo sua tramitação peculiar (sem agressão aos postulados essenciais da Justiça Especializada Trabalhista), nos termos da Instrução Normativa nº 27 do TST.

Em razão da ampliação da competência trabalhista, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, todos os atos de autoridades, judiciais ou administrativas, que digam respeito às relações de trabalho, passaram a ser conhecidas pela Justiça do Trabalho (vide art. 114 retrotranscrito).

Isso passou a gerar certa dúvida no que toca à competência funcional: a quem compete conhecer os Mandados de Segurança? Sinteticamente, pode-se responder que seu cabimento pode ser ao juízo singular da Vara do Trabalho, aos colegiados Regionais ou mesmo à Corte Trabalhista Nacional: dependerá de quem seja apontado como "autoridade coatora".

Didaticamente, deve-se partir da premissa de que a própria autoridade (ou pessoa funcionalmente a esta equiparada) não poderá apreciar a arbitrariedade ou ilegalidade de seu ato. Assim, a Instância Judiciária que se localizar logo acima daquela em que alocada a suposta autoridade coatora será a competente, originariamente para o MS.

Não deve causar estranheza a menção a juízes trabalhistas "titulares ou substitutos", eis que mera organização na carreira da magistratura. Da mesma forma, à expressão "juízes de direito investidos na jurisdição trabalhista", já que trivial que nas localidades não atingidas pela jurisdição especializada do trabalho, atuem subsidiariamente (e limitados à primeira instância), os juízes de Direito.

Destarte, cabendo (e.g.) mandado de segurança contra atos da Auditoria Fiscal do Trabalho, é o juízo de primeira instância trabalhista (juiz do trabalho – ou juiz de direito subsidiariamente atuando) quem dele conhecerá, proferindo decisão.

No entanto, sendo do próprio juiz do trabalho (ou de direito) o ato coator ou até mesmo do próprio Regional (por seus Desembargadores, *v.g.*), ao Tribunal Regional respectivo (em Seção Especializada) caberá conhecer e julgar⁵².

⁵² "Art. 678. Aos <u>Tribunais Regionais</u>, quando divididos em Turmas, compete: I - ao Tribunal Pleno, especialmente: [...] b) processar e julgar originariamente: [...] 3) os mandados de segurança; [...]"



Embora refuja ao espectro da questão (que se limita aos Regionais), cumpre salientar que o Mandado de Segurança também pode ser impetrado diretamente no TST, nas hipóteses previstas na Lei 7.701/88 e em seu Regimento Interno, aos quais se recomenda leitura.

De outra banda, a questão toma por **incorretas** as assertivas II e IV, a seguir transcritas, o que também demanda comentários elucidativos.

- II. A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ações possessórias, incluído o interdito proibitório, ainda que essas ações sejam decorrentes do exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.
- IV. É da Justiça comum a competência para impetrar habeas data em favor do empregador, contra órgão de fiscalização da relação de trabalho que se nega a fornecer informações sobre processo administrativo.

Comenta-se.

Novamente, a novel redação do artigo 114 da Constituição Federal serve de base ao raciocínio lógico-jurídico da questão. Na assertiva II, diz-se que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar possessórias, ainda que essas ações decorram do exercício do direito de greve.

Retome-se que, desde a EC 45/2004, todas as questões (não exclusivamente o interdito proibitório) que envolvam o exercício do direito de greve, assim como as decorrentes das questões sindicais, são da competência material da Justiça Especializada do Trabalho.

Assim expressamente o artigo constitucional citado:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

[...]

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Pela abertura obtida via conjugação dos incisos I e IX, também não é descabido que uma ação de reintegração de posse, movida por ex-empregador em face de seu ex-empregado seja apresentada à Justiça do Trabalho, se a reintegração que se pretende guardar relação com a relação de trabalho (por exemplo: a desocupação compulsória de imóvel cedido a empregado em razão do trabalho, tendo em vista a justa causa obreira e o término da relação trabalhista).

Já a assertiva **IV** invoca o instituto do *habeas data* e busca sua aplicação no meio trabalhista. Parte da afirmativa de que não cabe à Justiça do Trabalho conhecer⁵³ do procedimento especial *habeas data* em face do empregador que deseja ter acesso a informações suas (ou de seu empreendimento) em poder de autoridade administrativo-trabalhista.

Equivocado o entendimento.

Outra vez, invoca-se o art. 114 da CF que claramente estatui a competência funcional trabalhista para apreciar e julgar o *habeas data*:

⁵³ Pode-se tecer crítica à formulação da questão, uma vez que não cabe aos órgãos judiciários impetrar qualquer medida em favor de particulares. Os órgãos judiciários podem receber, conciliar, processar e julgar os pedidos de tutelas que lhe são direcionados (vide princípio do dispositivo).



Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

[...]

E, na hipótese da questão, o complemento do dispositivo legal ("[...] quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição") também está presente: o avaliador faz constar que o *habeas data* impetrado pelo empregador o fora contra o órgão de fiscalização da relação de trabalho e envolve informações supostamente constantes em processo administrativo.

Daí dizer-se que, na hipótese apresentada, quer porque cabível a ação em si, quer porque a matéria nela discutida seria relacionada à relação empregatícia, cabe à Justiça Especializada do Trabalho apreciar *habeas data* impetrado por empregador para ter acesso às informações constantes em procedimento administrativo-fiscalizatório trabalhista.

Fora dos limites da questão proposta, mas no objetivo de complementar o leque de conhecimentos, aponta-se que a Instrução Normativa nº 27 do TST também se refere ao *habeas data*, reservando-lhe a aplicação da normativa própria (nos mesmos moldes do Mandado de Segurança).

QUESTÃO 29

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉR-SIA (ART. 543-C DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3°, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTA-TIVO DA CONTROVÉRSIA.

- 1. O acórdão proveniente da Corte Especial na Al no Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27/08/2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09/06/05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e, relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.
- **2.** No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento do STF no RE n.º 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04/08/2011, quando foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração **a data do ajuizamento da ação** (e não mais a data do pagamento) **em confronto com a data da vigência da lei nova (09/06/2005).**
- **3.** Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente, para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, aplica-se o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN.
- **4.** Superado o recurso representativo da controvérsia, REsp. nº 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.
- **5.** Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

RECURSO ESPECIAL N° 1.269.570 - MG (2011/0125644-3). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br. Acesso em: 17 jul. 2012 (adaptado).



Considerando a ementa acima, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. Aplica-se a ações ajuizadas a partir de 09/06/2005 o novo regime do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição do indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

PORQUE

II. O STJ, revendo seu posicionamento anterior, consolidou entendimento, na esteira do decidido pelo STF, de que se deve considerar como marco para a aplicação do novo regime de prazo prescricional a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento do tributo), em confronto com a data da vigência da lei nova (09/06/2005).

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- **C.** A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- D. A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.

Gabarito: (A)

Autor: Arthur Maria Ferreira Neto

COMENTÁRIO

No período anterior ao advento da Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, prevaleceu junto ao Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de indébito tributário iniciaria após a homologação tácita de que trata o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN. (Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.) Assim, consolidou-se a postura de que o termo inicial do prazo prescricional fixado no artigo 168, inciso I, do CTN, ou seja, a extinção do crédito tributário não seria o pagamento antecipado do tributo, mas sim transcurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador do tributo, o que, na prática, gerava um prazo de prescrição de 10 anos para a restituição de indébito tributário. Acolheu-se assim a tese que veio a ser denominada de prescrição dos 5 + 5 anos.



Ocorre que, de modo a corrigir a criticável interpretação que veio a ser pacificada junto ao STJ, o legislador complementar veio a editar nova norma geral de direito tributário, com o intuito de retificar dispositivos do Código Tributário Nacional, esclarecendo assim que "a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei" (artigo 3º). Com isso, o prazo prescricional para a restituição de indébito tributário no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação seria apenas o de 5 anos contados do pagamento antecipados do tributo devido, afastando-se por consequência a leitura conjugada dos artigos 168, inciso I, e 150, parágrafo 4º, ambos do CTN, que embasava até aquele momento a interpretação do prazo de 5 mais 5 anos.

Tal dispositivo foi editado com o intuito de assumir função meramente interpretativa da legislação tributária, tendo assim a intenção de incidir retroativamente, conforme dispõe o artigo 106, inciso I, do CTN, inclusive em relação às ações judiciais que já estavam em curso quando da edição da Lei Complementar nº 118. Além disso, o artigo 4º da LC 118 dispôs que tal diploma legal entraria em vigor 120 dias após a sua publicação (i.e. 09/06/2005).

Em um primeiro momento, o STJ, analisando o disposto nos artigos 3° e 4° da Lei Complementar nº 118, decidiu que seria inconstitucional a tentativa de dar aplicação retroativa ao prazo de prescrição criado. De outro lado, fixou regra temporal de transição para a aplicação do novo regime jurídico de prazo prescricional (o de 5 anos do pagamento antecipado do tributo e não mais o prazo de 10 anos contados do fato gerador), estabelecendo que a nova sistemática de contagem do prazo extintivo incidiria apenas sobre indébitos tributários surgidos após a vigência da referida Lei Complementar.

No entanto, em momento posterior, o Supremo Tribunal Federal veio a modificar parcialmente tal entendimento, por um lado, reconhecendo também que seria inconstitucional o disposto no artigo 3º da Lei Complementar 118/05, no ponto que havia pretendido dar aplicação retroativa à lei tributária, mas decidindo, por outro lado, que a nova interpretação fixada pelo mesmo Diploma Complementar poderia incidir sobre todas as ações judiciais que viessem a ser ajuizadas após a sua entrada em vigor, ou seja, 09/06/2005, independentemente do momento em que surgido o indébito tributário.

Assim, mostram-se verdadeiras tanto a assertiva I quanto a assertiva II, sendo esta a fundamentação jurídica daquela.



QUESTÃO 30_

O direito à moradia ingressou no art. 6º da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 26/2000. Tal alteração deu causa à rediscussão do entendimento de alguns institutos do direito civil, em especial o referente à garantia do bem de família previsto na legislação ordinária.

A garantia ao bem de família inclui a situação em que

- o proprietário oferece o único imóvel de sua propriedade como garantia hipotecária de dívida de terceiro.
- II. o proprietário aluga seu único imóvel para terceiros e, com o valor do aluguel recebido, paga seu próprio aluguel.
- III. a pessoa reside sozinha no único imóvel de sua propriedade.
- IV. o proprietário foi executado por dívida de pensão alimentícia.

Está correto apenas o que se afirma em

- A. lell.
- B. lelV.
- C. III e IV.
- D. I, II e III.
- E. II, III e IV.

Gabarito: (D)

Autor: Plínio Saraiva Melgaré



O enunciado insere o tema do direito à moradia, cujo reconhecimento expresso no elenco dos direitos sociais do artigo 6° da Constituição Federal brasileira se deu com a promulgação da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000.⁵⁴ Os direitos sociais têm a sua história vinculada à superação do Estado liberal e às lutas pela concretização da igualdade material. Conforme magistério de José Afonso da Silva⁵⁵, estabelecem "prestações positivas proporcionadas pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos". Nesse sentido, têm por escopo a promoção da igualdade, impondo ao Estado o dever de agir positivamente para superar as desigualdades impostas pelas condições sociais.

Posteriormente, a questão envolve o tema do bem de família, instituto que estabelece um *status* peculiar a um imóvel, destinando a sua utilização à moradia. E, enquanto conservar tal condição, por regra, não poderá ser alvo de penhora. De fato, preserva-se o bem que abriga a pessoa, assegurando-se um mínimo patrimonial compatível com uma existência digna.

Originariamente, no direito brasileiro, a figura do bem de família foi reconhecida pelo Código Civil de 1916. No ano de 1990, promulgou-se a Lei 8.009⁵⁶, que consolidou o denominado bem de família legal ou obrigatório. Por seu turno, o Código Civil brasileiro de 2002, entre os artigos 1711 e 1722, regulamentou o denominado bem de família convencional ou voluntário. Ante o exposto, nota-se haver duas espécies de bem de família, com regimes distintos: o bem de família legal e o voluntário ou convencional.

O bem de família legal decorre de uma disposição de ordem pública (a Lei 8.009/90) que assegura o direito à moradia independentemente de qualquer ato de manifestação de vontade. De outra banda, o bem de família convencional decorre de uma manifestação de vontade que torna o bem inalienável e impenhorável. Por essa via, o imóvel⁵⁷ definido como bem de família estará isento de dívidas assumidas posteriormente à sua instituição, salvo aquelas derivadas de tributos relativos ao próprio imóvel ou às despesas condominiais.⁵⁸

Por fim, antes da análise das assertivas postas pela questão, recorta-se a definição de Ricardo Arcoverde Credie:⁵⁹

Bem de família é o direito de imunidade relativa à apreensão judicial, que se estabelece, havendo cônjuges ou entidade familiar, primeiro por força de lei e em alguns casos ainda por manifestação de vontade, sobre imóvel urbano ou rural, de domínio e/ou posse de integrante, residência efetiva desse grupo, que alcança ainda os bens móveis quitados que a guarneçam, ou somente esses em prédio que não seja próprio, além das pertenças e alfaias, eventuais valores mobiliários afetados e suas rendas.

⁵⁴ Nesse sentido: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>.

⁵⁵ Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286.

⁵⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm.

⁵⁷ Observa-se que a impenhorabilidade incide igualmente sobre bens móveis, desde que vinculados ao imóvel tido como bem de família.

⁵⁸ Nesse sentido, ver, de Caio Mário. *Instituições de direito civil.* Atualização: Tânia da Silva Pereira. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 557, v. 5.

⁵⁹ Bem de família: teoria e prática. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 20.



Nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90, a garantia que torna o bem de família impenhorável estende-se a processos de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, exceto para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. Tal fato poderia levar a crer que a assertiva I da questão em comento apresenta algum equívoco. Contudo, faz-se necessário compreender a adequada interpretação dada à referida lei. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decide "no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família é inoponível quando a hipótese versar sobre execução de hipoteca instituída como garantia real da própria dívida, sendo os devedores os beneficiários diretos".⁶⁰ Por via de consequência, conforme entendimento do próprio STJ: "a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro".⁶¹ Correta, pois, a assertiva I.

A ordem jurídica brasileira estabelece uma sensível proteção à família e ao direito à moradia. Nessa direção, o STJ, ampliando o alcance da Lei 8.009/90, entende que a impenhorabilidade do bem de família estende-se ao imóvel do devedor ainda que esteja alugado, não servindo, portanto, à moradia daquela pessoa ou entidade familiar. A orientação predominante no STJ é

no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que esse se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar.⁶²

Correta, pois, a assertiva II.

O artigo 1° da Lei 8.009/90 estabelece ser impenhorável o imóvel residencial próprio **do casal, ou da entidade familiar** (grifo nosso). Uma interpretação afivelada aos ditames de uma reducionista interpretação literal, leva a pensar que o imóvel de uma pessoa solteira – ou que reside solitariamente – poderia vir a ser penhorado. Contudo, a partir de uma compreensão sistemática do direito – e considerando a teleologia da própria norma e do instituto do bem de família – não seria razoável chegar-se a essa conclusão. Por conseguinte, o STJ, após reiteradas decisões, no ano de 2008, editou a Súmula nº 364, consignando que: o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Correta, pois, a assertiva III.

Nada obstante a proteção estabelecida ao direito à moradia e a garantia da impenhorabilidade do bem de família, há de se considerar a existência de algumas exceções. Nessa direção, destaca-se o inciso III, do artigo 3º da Lei 8.009/90, ao estabelecer que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido pelo credor de pensão alimentícia. De acordo com o texto legal, ao credor de pensão alimentícia é estabelecida uma distinção legal diante dos demais credores, vez que a ele não é oponível à garantia da impenhorabilidade. Logo, a garantia ao bem de família não inclui a situação em que o proprietário foi executado por dívida de pensão alimentícia. Incorreta, pois, a assertiva IV.

Pelo visto e ponderado, com correção o gabarito da guestão é a alternativa **D**.

⁶⁰ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.152.734 - SP (2009/0020663-8). Inteiro teor disponível em: ">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=990165&sReg=200900206638&sData=20100820&formato=HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento-HTML>">https://www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento-HTML>">ht

⁶² RECURSO ESPECIAL N° 714.515 - SP (2005/0002209-8). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=927750&sReg=200500022098&sData=20091207&formato=HTML.



REFERÊNCIAS

CREDIER, Ricardo Arcoverde. Bem de família: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 14. ed. Atualização: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



QUESTÃO 31

Considere que Tito e Lívio devam determinada quantia a Sílvio e Felipe e que, vencida a dívida, Sílvio, isoladamente, tenha acionado Tito para a cobrança. Nessa situação, Sílvio teria direito a cobrar

- A. 100% da dívida, pois a obrigação é indivisível.
- B. 25% do valor da dívida, por se tratar de obrigação divisível.
- **C.** 50% da dívida, dada a presunção de solidariedade passiva entre os devedores.
- D. exclusivamente de Tito, já que ocorre litisconsórcio passivo necessário.
- E. 100% da dívida, se Felipe vier a integrar o polo ativo da lide, pois há, na situação, um litisconsórcio ativo unitário.

Gabarito: (B)

Autor: Felipe Kirchner

COMENTÁRIO 1____

A questão traz um caso prático envolvendo dívida existente entre os credores Sílvio e Felipe, que ocupam o polo ativo da relação obrigacional, e os devedores Tito e Lívio, que por sua vez ocupam o polo passivo dessa relação jurídica. Assim, como temos mais de um credor e mais de um devedor, estamos diante de uma obrigação complexa pela multiplicidade de sujeitos.

Embora esse item traga questionamento específico sobre o Direito das Obrigações, as assertivas exigem conhecimento interdisciplinar, eis que cobram conhecimentos também da matéria processual civil. Vejamos os conteúdos necessários à correta apreensão da questão.

Primeiro, como proposto expressamente no enunciado, a dívida se encontra "vencida", razão pela qual é exigível pelos credores Sílvio e Felipe, conforme artigo 331 e seguintes do Código Civil (CC).

O vínculo obrigacional de débito a que Tito e Lívio estão submetidos tem como objeto "determinada quantia", o que indica tratar-se de valor pecuniário, o qual possui a natureza jurídica de bem fungível (artigo 85 do CC) e divisível (artigo 87 do CC). Nesses termos, a obrigação de constitui em uma prestação divisível, conforme determina o artigo 257 do CC, eis que possível o seu cumprimento fracionado e parcelado, o que não ocorreria se o objeto fosse indivisível (ex. entrega de um carro, relógio, etc.). Ademais, não existe no enunciado qualquer elemento indicativo da indivisibilidade da prestação (v.g., natureza, ordem econômica ou razão determinante do negócio).



Sendo uma obrigação divisível, cada credor (Sílvio e Felipe) pode cobrar sua cota-parte de cada devedor (Tito e Lívio) – os quais respondem, cada qual, apenas pela sua cota-parte – independentemente da participação dos demais credores, ou seja, Sílvio está legitimado a acionar os devedores conjunta ou isoladamente sem a necessária participação do cocredor Lívio. Dessa feita, não há falar em litisconsórcio necessário entre os credores, não incidindo na espécie a regra do artigo 47 do Código de Processo Civil (CPC).⁶³

Dito isso, surge a questão de qual seria a cota a ser recebida pelos credores e a ser prestada pelos devedores. O supramencionado artigo 257 determina que a obrigação divisível "presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores". No caso proposto não há menção de disposição contratual específica, razão pela qual cada credor teria direito a cobrar 50%, e cada devedor estaria obrigado a prestar 50%. Nesses termos, Sílvio pode cobrar 25% de Tito e 25% de Felipe, os quais devem pagar os restantes 25% ao cocredor Felipe.

Como o enunciado propõe que apenas um credor (Sílvio) acionou isoladamente um devedor (Tito), a questão traz a lume a discussão acerca da existência de solidariedade na relação. Como se sabe, a obrigação solidária ativa é aquela na qual cada credor pode exigir toda prestação, como se fosse credor único, enquanto a obrigação solidária passiva é aquela em que cada devedor responde por toda dívida, como se fosse devedor único. Na solidariedade falamos em cotas-parte apenas nas chamadas relações internas, que são aquelas que se constituem entre os credores e entre os devedores. Contudo, o artigo 265 do CC é expresso em afirmar que "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes". Dessa feita, como o caso proposto não traz qualquer indicativo de que as partes tenham convencionado a solidariedade, e não havendo norma que a institua para o caso em questão, trata-se de obrigação não solidária, onde cada parte pode exigir (credores) e responde (devedores) apenas pela sua cota-parte.

Posicionada teoricamente a questão, passa-se a análise objetiva das alternativas.

A alternativa **A** está incorreta, porque a obrigação é divisível, uma vez que tem como objeto "determinada quantia" (valor pecuniário), o que se trata de bem divisível e permite o cumprimento fracionado da prestação.

A alternativa **B** está correta, pois, sendo a obrigação divisível, não havendo solidariedade e incidindo a presunção de divisão da obrigação em quantos forem os credores e os devedores, cada credor tem o direito de cobrar 50%, e cada devedor está obrigado a prestar 50%. Nesses termos, Sílvio pode cobrar 25% de Tito e 25% de Felipe, os quais deveriam pagar os restantes 25% ao cocredor Felipe.

A alternativa **C** está incorreta, porque a solidariedade não se presume, mas resulta da lei ou da vontade das partes.

A alternativa **D** está incorreta, porque não se constitui o litisconsórcio passivo necessário, já que Silvio pode cobrar sua cota-parte de cada devedor, podendo ingressar com demanda exclusiva contra Tito ou Lívio, cobrando a cota de cada qual. Contudo, ressalta-se, ainda, que, ao afirmar a exclusividade de Tito juntamente com a ocorrência do litisconsórcio passivo necessário, a alternativa traz uma contradição, pois, se houvesse a formação do litisconsórcio passivo necessário, a cobrança não poderia ser dirigida exclusivamente a Tito, tendo que englobar também o devedor Lívio.

Ocorre o litisconsórcio quando em um dos polos da demanda (ou em ambos) há pluralidade de partes, ou seja, quando há mais de um autor ou réu na relação processual (cumulação subjetiva). A doutrina apresenta diversas classificações, sendo estas as que interessam ao deslinde da questão em exame: (i) quanto à posição processual, o litisconsórcio pode ser ativo, quando dois ou mais autores litigam contra um mesmo réu; passivo, quando dois ou mais réus são demandados por um mesmo autor; ou misto, quando dois ou mais autores litigam contra dois ou mais réus; (ii) quanto à obrigatoriedade da sua formação, o litisconsórcio pode ser facultativo, quando não é obrigatória a sua formação; ou necessário, quando a formação é obrigatória, não estando na esfera de disponibilidade das partes; (iii) quanto aos efeitos da sentença, o litisconsórcio pode ser unitário, quando a decisão judicial tiver de ser idêntica para todos os litisconsortes; ou simples, quando a decisão de mérito não tiver de ser necessariamente idêntica para todos os litisconsortes (ocorre quando há pluralidade de relações jurídicas em um processo ou quando há uma relação jurídica cindível).



A alternativa **E** está incorreta, pois não há a formação de litisconsórcio ativo unitário, uma vez que a ação intentada por Sílvio e Felipe não teria que ser decidida de forma idêntica para todos os litisconsortes, pois diversos fatores poderiam levar a decisões de mérito diferentes (ex.: compensação, oposição de exceções pessoais, etc.).

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações:* responsabilidade civil: curso de direito civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil:* obrigações. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. II.

Autora: Liane Tabarelli Zavascki

COMENTÁRIO 2

A alternativa **A** está equivocada. Tendo em vista que o enunciado da questão não esclarece que a obrigação de dar coisa certa (quantia em dinheiro) assumida pelos dois sujeitos passivos (devedores – Tito e Lívio) perante os dois sujeitos ativos (credores – Sílvio e Felipe) é indivisível por motivo de ordem econômica ou devido à indivisibilidade da obrigação ter sido avençada no contrato firmado entre as partes, trata-se de obrigação divisível (quantia em dinheiro) em tantas partes quantos devedores comportados pela obrigação, já que, por sua essência, dinheiro comporta fracionamento, divisibilidade no cumprimento da obrigação, respondendo, pois, cada devedor por sua cota-parte. O art. 258 do Código Civil de 2002, nesse sentido, proclama: "A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica ou dada a razão determinante do negócio jurídico".



A alternativa **B** está correta. Em razão da previsão contida no art. 257 do Código Civil, qual seja, a de que "havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores", em verdade, cada devedor responde por 50% da obrigação perante os dois credores. Assim sendo, Sílvio tem direito a cobrar 25% do valor da dívida de Tito e 25% do valor da dívida de Lívio. Da mesma forma, Felipe tem direito a cobrar 25% do valor da dívida de Tito e 25% do valor da dívida de Lívio.

A alternativa **C** está equivocada. Consoante o art. 265, CC/02, "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes". Em virtude de que o enunciado da questão não sinalizou que os sujeitos passivos da obrigação a assumiram de forma solidária, não se pode presumir existir solidariedade na obrigação. A presunção, dado o texto legal, é no sentido oposto, ou seja, de que há benefício de divisibilidade da obrigação assumida pelos devedores diante dos credores.

A alternativa **D** está equivocada. No caso em apreço, não se vislumbra a ocorrência de litisconsórcio passivo necessário. O litisconsórcio necessário é disciplinado no art. 47, CPC, o qual dispõe que "há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo". Observe-se que, seja ativo ou passivo,

o que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, consequentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.⁶⁴

Desse modo, "o litisconsórcio necessário tem de ser observado na propositura da ação, sob pena de invalidade da relação processual". 65 Verifica-se, portanto, que não há que se falar em existência de litisconsórcio passivo necessário no caso em comento, já que a cobrança em juízo da cota-parte de cada devedor pode ser feita por meio de ações distintas. Não há obrigatoriedade de litígio conjunto, e, se houvesse, Tito não responderia exclusivamente pela integralidade da obrigação como a alternativa sugere.

A alternativa **E** está equivocada. A situação em tela também não revela situação de litisconsórcio ativo unitário. Diz-se que

dá-se o litisconsórcio *necessário* quando a lei ou a própria relação jurídica de direito material impõe o litígio conjunto. A ele se contrapõe o litisconsórcio *facultativo*. O litisconsórcio unitário, por sua vez, caracteriza-se como aquele em que o resultado do processo, amplamente considerado, é *uniforme* para todos os litisconsortes. A ele se contrapõe o litisconsórcio *simples*. [...] a maioria dos casos em que o litisconsórcio é *necessário* (determinada pessoa tem que estar concomitantemente em juízo), ele também é *unitário* (o resultado será uniforme para todos os litisconsortes).⁶⁶

Logo, constata-se que não há que se falar em existência de litisconsórcio ativo unitário no caso, em virtude de que 1) não há litisconsórcio ativo unitário na situação; 2) Sílvio não tem direito a cobrar 100% da dívida de Tito, consoante a forma como a obrigação foi assumida anunciada no enunciado da questão.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 129, v. I.

⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:* procedimento comum: ordinário e sumário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 492, v. 2, tomo I.



QUESTÃO 32_

Relativamente aos crimes contra a Administração Pública, avalie as situações hipotéticas apresentadas nos itens a seguir.

- I. Pratica crime de peculato-apropriação o funcionário que, não tendo a posse de dinheiro, valor ou bem, o subtraia ou concorra para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.
- II. Pratica crime de concussão o servidor que exija, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função exercida na Administração ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.
- III. Pratica crime de corrupção passiva o servidor que solicite ou receba, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função exercida na Administração ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida ou aceite promessa de tal vantagem.

É correto o que se afirma em

- A. I, apenas.
- **B.** II, apenas.
- C. I e III, apenas.
- D. II e III, apenas.
- E. I, II e III.

Gabarito: (D)

Autor: Rogério Maia Garcia



COMENTÁRIO.

Incorreta a situação hipotética I, uma vez que pratica o crime de peculato-apropriação o funcionário público que toma para si dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha a posse em razão do cargo. Essa modalidade de peculato está descrita na primeira parte do artigo 312 do Código Penal: "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio". Cumpre destacar que o funcionário público que, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário, pratica o crime de peculato-furto (também chamado de peculato impróprio), descrito no artigo 312, § 1º do Código Penal. Assim como o peculato-apropriação e o peculato-desvio (previstos no *caput* do art. 312 do Código Penal), o peculato-furto é punido com uma pena de reclusão de dois a 12 anos, e multa.

A situação hipotética **II** está correta, nos termos do artigo 316 do Código Penal: "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". A situação hipotética descreve, assim, o crime de concussão.

Igualmente correta a situação hipotética **III**, conforme o disposto no art. 317 do Código Penal: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Diante disso, a situação hipotética descreve conduta definida no art. 317 do Código Penal como corrupção passiva.



QUESTÃO 33 __

Alfa ofereceu, no prazo decadencial previsto em lei, representação em face de Beta, em razão de injúria consistente na utilização de elementos relativos à sua condição de portador de deficiência física, tais como "manco" e "aleijadinho". Oferecida a denúncia, não houve possibilidade de composição, transação penal ou suspensão condicional do processo. Após algum tempo, em virtude da relação de amizade entre os filhos de Alfa e Beta, Alfa encaminhou ao juízo encarregado pedido de arquivamento do processo, pois perdera o interesse na persecução criminal.

Na situação apresentada, o juiz deveria

- A. julgar improcedente a ação penal e absolver o réu.
- B. extinguir o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir de Alfa.
- C. negar o pedido de Alfa, por ser irretratável a representação após o oferecimento da denúncia.
- D. declarar extinta a punibilidade, diante da retratação da representação por Alfa.
- E. aceitar o pedido de Alfa, por ser retratável a representação anterior à prolação da sentença.

Gabarito: (C)

Autora: Fernanda Corrêa Osório

COMENTÁRIO

Na situação apresentada, o juiz deveria: *C) negar o pedido de Alfa, por ser irretratável a representação após o oferecimento da denúncia.*

Conforme se verifica no enunciado da questão, o crime praticado por Beta, em tese, se adequa à conduta tipificada no § 3º do artigo 140 do Código Penal, cuja ação penal é promovida por iniciativa do Ministério Público a partir da manifestação de interesse da vítima, consubstanciada na representação a que se refere o parágrafo único do artigo 145 do Código Penal. A presente questão trata assim, dos limites de disponibilidade da vítima no âmbito das ações penais públicas condicionadas à representação.

Conforme se observa da regra inscrita no artigo 24 do Código de Processo Penal, a ação penal pública condicionada à representação somente será promovida pelo seu titular (Ministério Público), em



caso de expressa manifestação de vontade da vítima. Contudo, essa manifestação de vontade da vítima deve ser realizada dentro de um prazo expressamente fixado em lei, qual seja, de seis meses, a contar da data em que vier a saber quem é o autor do crime, nos termos do artigo 38 do CPP.

Esse requisito, aponta Aury Lopes Jr., se configura como verdadeira condição da ação, sem o qual o Ministério Público não pode proceder contra alguém sem que exista essa autorização do ofendido (*Direito Processual Penal.* 11. ed. SP: Saraiva, 2014, p. 394).

Todavia, sustenta o mesmo autor que seu exercício é "facultativo", estando subordinado a critérios de oportunidade e conveniência, pois a vítima não está obrigada a representar (obra citada, p. 397). E, sendo medida facultativa, segundo o interesse da própria vítima, tal medida pode ser objeto de retratação, ou seja, esta "poderá retirar a autorização dada, voltar atrás na representação" (obra citada, p. 398).

Entretanto, se o CPP estabelece um prazo para o exercício da representação, também estabelece um prazo para o exercício de sua retratação, admitindo está apenas até o oferecimento da denúncia. Isso porque o seu artigo 25 é taxativo ao impor que "a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia".

Assim, autorizada a propositura da ação penal pública condicionada à representação pela vítima dentro do prazo legal, e tendo o órgão ministerial efetivamente oferecido a denúncia, extingue-se a disponibilidade da vítima sobre os rumos da ação, na medida em que seu prosseguimento cabe exclusivamente ao MP, que poderá, entretanto, se assim entender adequado, postular, ao final, pela absolvição do acusado.

Dessa forma, entre as alternativas apresentadas pela questão, a única que está correta é a **C**, que traz a hipótese legal aplicável em face da regra do artigo 25 do CPP.

A alternativa **A** está errada, pois o juiz deverá apreciar o pedido de condenação ou absolvição firmado pelo MP e, a partir da análise dos elementos de prova produzidos no curso da ação, decidir pela condenação ou absolvição do acusado, não havendo, na hipótese em apreço, qualquer relação dessa decisão com a vontade de retratação da vítima. A alternativa **B**, por sua vez, está errada na medida em que o interesse de agir, no caso, não é da vítima, e sim do órgão acusatório. E esse, quando do oferecimento da denúncia, detinha todos os requisitos necessários para sua propositura. E, por fim, as alternativas **D** e **E**, equivocam-se diante da regra inscrita no artigo 25 do CPP.



QUESTÃO 34

Mandado de Segurança. Questões fáticas de alta indagação. Há que se distinguir a complexidade dos fatos e do tema de direito daquelas situações que não prescindem de abertura de fase de instrução. Se o caso está compreendido no campo da referida dificuldade, nem por isso o mandado de segurança exsurge como via imprópria, impondo-se o julgamento de mérito. Somente em se defrontando o órgão julgador com quadro a exigir elucidação de fatos cabe dizer da impertinência da medida, sinalizando no sentido do ingresso em juízo mediante ação ordinária.

RMS nº 21514/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 27/04/1993, publicado no DJ de 18/06/1993 p. 12.111.

Disponível em: http://jusbrasil.com.br. Acesso em: 11 jul. 2012.

Considerando o trecho de julgamento reproduzido acima, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

 É cabível mandado de segurança contra violação de direito líquido e certo, sendo estes atributos verificados pela sua comprovação imediata, independentemente da complexidade jurídica.

PORQUE

II. Nos casos de complexidade jurídica, a garantia oferecida pelo writ é preservada, o que não ocorre em situações de complexidade fática, circunstância que exige dilação probatória e impede, por essa razão, a utilização desse remédio constitucional.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- D. A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.

Gabarito: (A)

Autora: Márcia Andrea Bühring



COMENTÁRIO

Ambas asserções são verdadeiras, e a proposição II justifica a I, porque na Constituição Federal brasileira de 1988, no título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, se trouxe logo no capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, expressamente no artigo 5°, que menciona:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Ou seja, claramente estabelece a importância do mandado de segurança enquanto garantia à proteção de um direito que seja líquido e certo, portanto passível de ser comprovado desde logo, incontroverso.

Vale a menção, ainda, da Lei brasileira que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e que logo no artigo 1º refere:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Cabe destacar, com Hely Lopes Meireles, a definição do mandado de segurança, que é o meio constitucional colocado à "disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual líquido e certo", lesado ou ameaçado de lesão, "por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".⁶⁷

Vez que, nos casos de maior complexidade jurídica, a garantia oferecida justamente pelo remédio é preservada, cumpre referir que o Supremo Tribunal Federal já deixou consubstanciado que a discussão em torno do significado de direito líquido e certo veicula matéria de caráter eminentemente processual, mesmo porque a noção de liquidez, "que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos".68 E ainda, o ministro Sepúlveda Pertence: "O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito".69

O que não ocorre, obviamente em situações de complexidade fática, (de fato) circunstância que exige, sim, dilação probatória e impede, o uso desse *writ* constitucional.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e Ações Constitucionais*. Atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁶⁸ RTJ 134/681, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RMS 23.443/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 23.720/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

⁶⁹ RTJ 133/1314.

QUESTÃO 35

Assunto de enorme importância neste novo milênio é o que diz respeito ao rápido desenvolvimento das ciências biomédicas, com destaque para as questões referentes à genética e, particularmente, à sua relação com o Direito Penal. O avanço do conhecimento científico e de suas aplicações técnicas, ao mesmo tempo em que suscita novas esperanças à coletividade, preocupa os indivíduos, dados os possíveis riscos e abusos decorrentes de uma "livre" investigação científica das ciências que tratam da vida. Nesse sentido, a Lei nº 11.105/2005 define como crime as manipulações realizadas com o fim de reproduzir um ser humano biologicamente idêntico a outro.

Destacam-se, ainda, os seguintes documentos legais: a Constituição Federal do Brasil, que, em seu artigo 5°, inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica, bem como a liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença, e a Lei nº 11.105/2005, que, em seu artigo 26, prevê pena de reclusão de dois a cinco anos, além de pagamento de multa, para os responsáveis por clonagem humana.

Com base no contexto descrito acima, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. A tipificação penal da clonagem humana revela a preocupação do legislador quanto à tutela de bens jurídico-penais supraindividuais, tal como a intangibilidade do patrimônio genético humano.

PORQUE

II. Sob a ótica de uma concepção científica, a pesquisa com clonagem de seres humanos tem respaldo jurídico, pois é positiva para o progresso científico da humanidade e constitui direito fundamental.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
- C. A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
- **D.** A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
- E. As asserções I e II são proposições falsas.



Gabarito: (B)

Autor: Marcos Eduardo Faes Eberhardt

COMENTÁRIO

I – As novas tecnologias – em complexidade muito maior daquela informada pela criminalidade tradicional – exigem preocupação do legislador pela configuração de situações de perigo a interesses supraindividuais, indeterminados por certo, mas que merecem proteção estatal. A própria Constituição Federal, ao tutelar a proteção ao meio ambiente (art. 225, § 1°, II), indica a natureza supraindividual da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País.

Em poucas palavras, entre a importância das investigações e a proteção da dignidade humana, as experiências biomédicas necessitam os limites impostos pela Lei n. 11.105/05.

II – Apesar de criticada, a pesquisa acerca da clonagem humana atende o direito constitucional à vida e à preservação da saúde (como Direito Social e Dever do Estado) e recebeu respaldo jurídico na Lei n. 11.105/05. A prevenção e a busca de cura para doenças graves atende integralmente ao progresso científico da humanidade.

A afirmativa II não é uma justificativa da afirmativa I. A justificativa para a afirmativa I não está na linha de argumentação da afirmativa II. O encontro de limites legais no âmbito penal, de alguma forma, impõe critérios limitadores ao progresso científico.

QUESTÃO DISCURSIVA 03_

A Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001, que dispõe sobre normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional, em seu art. 2º, estabelece que: "o contrato celebrado entre a entidade promotora das provas de rodeios e o peão, obrigatoriamente por escrito, deve conter:

- I. a qualificação das partes contratantes;
- II. o prazo de vigência, que será, no mínimo, de quatro dias e, no máximo, de dois anos;
- III. o modo e a forma de remuneração, especificados o valor básico, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convencionadas;
- IV. cláusula penal para as hipóteses de descumprimento ou rompimento unilateral do contrato. § 1º É obrigatória a contratação, pelas entidades promotoras, de seguro de vida e de acidentes em favor do peão de rodeio, compreendendo indenizações por morte ou invalidez permanente, no valor mínimo de cem mil reais, devendo este valor ser atualizado a cada período de doze meses, contados da publicação desta Lei, com base na Taxa Referencial de Juros – TR."

Em seu art. 4°, a Lei nº 10.220/2001 dispõe que:

"A celebração de contrato com maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos deve ser precedida de expresso assentimento de seu responsável legal. Parágrafo único. Após dezoito anos completos de idade, na falta ou negativa do assentimento do responsável legal, o contrato poderá ser celebrado diretamente pelas partes mediante suprimento judicial do assentimento."

Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001. Dispõe sobre normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. *Diário Oficial da União*, 12/04/2001.

Considerando os elementos essenciais da relação de emprego e os dispositivos da Lei nº 10.220/2001 transcritos acima, redija um texto dissertativo, avaliando a possibilidade de um indivíduo brasileiro, solteiro e com 15 anos de idade ser contratado como peão por uma empresa promotora de provas de rodeio.



Em seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos:

- a) capacidade para contratar o indivíduo mencionado; (valor: 3,0 pontos)
- b) licitude do objeto do eventual contrato; (valor: 3,0 pontos)
- c) formalidades do eventual contrato. (valor: 4,0 pontos)

Autor: Maurício de Carvalho Góes

COMENTÁRIO 1

Embora a premissa do enunciado *Considerando os elementos essenciais da relação de emprego*, importante observar que, na verdade, o contrato de peão de rodeio, na forma da Lei 10.220/2001, trata-se, na verdade, de um contrato de trabalho em sentido amplo, no caso, de prestação de serviços. Inclusive é assim que essa atividade é tratada pela Previdência Social. Portanto, entendo que deveria ser feita esta advertência inicial na resposta.

COMENTÁRIO 2

Como se trata de *contrato de trabalho em sentido amplo*, por analogia, é possível aplicar o que dispõe o artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal e do artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que, com exceção do menor aprendiz, o menor de 16 (dezesseis) anos não pode trabalhar.

COMENTÁRIO 3

O artigo 4º da Lei 10.220/2001 fixa a mesma limitação legal: trabalho a partir dos 16 (dezesseis) anos, sendo que, em idade entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, deve haver a assistência do representante legal.

COMENTÁRIO 4

Embora o enunciado exija que se aborde a "**licitude** do objeto do eventual contrato" (item *b*), importante ressaltar que o trabalho do peão de rodeio de 15 anos **não é ilícito**, mas, sim, **ilegal**, nos termos do artigo 166 do Código Civil.



Sugestão de texto dissertativo

No caso em que questão, não há a possibilidade legal de se contratar um indivíduo de 15 anos para realizar a atividade de peão de rodeio. A contratação seria ilegal. Segundo o que dispõe o artigo 4º da Lei 10.220/2001, o peão de boiadeiro, para executar sua atividade, em favor de uma empresa promotora de eventos, deve possuir idade mínima de 16 (dezesseis) anos, na mesma forma, ainda que por analogia, de como determina a Constituição Federal e a CLT. O contrato será ilícito se houver contratação de menor de 16 (dezesseis) anos, ou, em sendo maior de 16 (dezesseis) anos, mas menor de 21 (vinte e um) anos, não houver a assistência legal do representante. Portanto, para que o eventual contrato fosse legal e, portanto, válido, necessitaria que o contratado tivesse idade igual ou superior a 16 (dezesseis), ou, caso tivesse idade superior ao mínimo, mas inferior a 21 (vinte e um) anos de idade, que houvesse a assistência do representante legal. Importante complementar que, se o contratado tivesse 18 (dezoito) anos ou mais, e o representante legal se negasse a representá-lo ou na falta de representante, tal formalidade poderia ser suprida por autorização judicial, nos termos do parágrafo único, do artigo 4º, da referida Lei.

QUESTÃO DISCURSIVA 04_

Pelos estudos que temos desenvolvido sobre a matéria, pensamos que há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo. Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento, dizemos que ele é jurídico. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer, não há Direito, como inexiste este se não houver garantia específica para tais atos.

Bilateralidade atributiva é, pois, uma proporção intersubjetiva, em razão da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir ou fazer, garantidamente, algo.

Esse conceito desdobra-se nos seguintes elementos complementares:

- I. sem relação que una duas ou mais pessoas, não há Direito;
- II. para que haja Direito, é indispensável que a relação entre os sujeitos seja objetiva, isto é, insuscetível de ser reduzida, unilateralmente, a qualquer dos sujeitos da relação;
- III. da proporção estabelecida deve resultar a atribuição garantida de uma prestação ou ação, que pode limitar-se aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros.

REALE, M. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51 (adaptado).

Com base no texto e no conceito de bilateralidade atributiva, redija um texto dissertativo, atendendo, necessariamente, ao que se pede a seguir.

- a) Relacione os conceitos de direito subjetivo e dever jurídico com a bilateralidade atributiva. (valor: 4,0 pontos)
- b) Explique como a garantia indicada pelo texto é essencial para caracterizar uma relação jurídica. (valor: 4,0 pontos)
- c) Apresente um exemplo de relação jurídica válida, nos termos da bilateralidade atributiva, mencionando seus respectivos polos na relação. (valor: 2,0 pontos)

Autor: Gustavo Oliveira de Lima Pereira



COMENTÁRIO

A questão toca um dos temas fundamentais da Teoria do Direito, em especial ao campo da teoria da norma e do ordenamento jurídico. Um breve texto de Miguel Reale, um dos grandes nomes da teoria e da filosofia do direito brasileiro, ilustra a questão.

Para enfrentar a questão, o acadêmico deve ventilar a discussão a respeito da bilateralidade atributiva, que, em linhas gerais, trata-se de uma das características fundamentais da **norma jurídica** e que a diferenciam de uma norma moral. Enquanto a norma moral remete a uma censurabilidade no cenário cultural local (dever de agradecer gentilezas, dever de fidelidade matrimonial), a norma jurídica caracteriza-se por possuir sempre dois lados: de um lado, atribui-se um direito subjetivo, que é a situação jurídica que possibilita a alguém o direito de exigir de outrem um dever jurídico que dele corresponde. Esse dever jurídico é o outro lado da norma jurídica.

Portanto, em uma relação jurídica, podemos observar sempre a existência de um sujeito ativo – aquele que detém o direito subjetivo – e um sujeito passivo, que detém o dever correspondente, consagrando assim a bilateralidade atributiva, ou seja, uma relação de interdependência entre direitos e deveres no Direito. Assim, caracteriza-se o direito, pela bilateralidade atributiva, na dialética entre direitos e deveres entre seres humanos em uma determinada sociedade regida pelo estado de direito. Uma análise mais crítica é feita por Boaventura de Sousa Santos. O autor analisa a discussão a respeito do porquê não atribuímos direito à natureza e aos animais. Segundo o sociólogo português, não conferimos direitos a estes, pois não podemos lhe infligir deveres. Aqui estaria um dos limites da teoria do direito atual, demandando uma reconstrução de sua estrutura.



QUESTÃO DISCURSIVA 05

Suponha que agentes da polícia civil, após invadirem, durante a madrugada, casa onde residem Antônio e Pedro, tenham encontrado, no quarto de Pedro, 15 quilogramas de maconha e 30 frascos de lança-perfume. Suponha, ainda, que, com base nessa descoberta, os agentes tenham efetuado a prisão de Antônio e Pedro.

Com referência à situação hipotética descrita acima, redija um texto dissertativo, respondendo, de forma fundamentada, às questões que se seguem.

- a) Que norma de direito fundamental é aplicável à situação? (valor: 3,0 pontos)
- b) A prisão de Antônio e Pedro deve ser mantida? (valor: 4,0 pontos)
- c) A conduta dos policiais é legítima? (valor: 3,0 pontos)

Autor: Alexandre Lima Wunderlich

COMENTÁRIO

- a) A invasão de domicílio sem ordem judicial viola sobremaneira o inciso XI do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a inviolabilidade do domicílio. A Constituição diz que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". O texto é muito claro.
- b) A prisão é medida extrema no processo penal, e no caso a custódia de Antônio e de Pedro não pode ser mantida por esse fundamento, pois a invasão residencial nos termos em que foi descrita pode, inclusive, ensejar infração penal. Até se poderia sustentar que as drogas encontradas na residência legitimariam a prisão, mas como as substâncias são fruto de uma invasão ilegal e não há sinais de traficância, a prisão não poderá ser mantida.
- c) A atitude dos policiais foi ilegal, descumpriram o comando constitucional e violaram os direitos fundamentais de Antônio e Pedro.