

# ENADE

COMENTADO

## DIREITO

2015

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



**ENADE**  
COMENTADO

**DIREITO**  
**2015**



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

**Chanceler**

Dom Jaime Spengler

**Reitor**

Joaquim Clotet

**Vice-Reitor**

Evilázio Teixeira

**CONSELHO EDITORIAL**

**Presidente**

Jorge Luis Nicolas Audy

**Diretor da EDIPUCRS**

Gilberto Keller de Andrade

**Editor-Chefe**

Jorge Campos da Costa

Augusto Buchweitz

Carlos Gerbase

Carlos Graeff Teixeira

Gleny Terezinha Guimarães

Lauro Kopper Filho

Leandro Pereira Gonçalves

Luiz Eduardo Ourique

Luis Humberto de Mello Villwock

Vera Wannmacher Pereira

# ENADE

COMENTADO

## DIREITO

2015

**CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN**  
**FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON**  
(Organizadores)



© EDIPUCRS, 2016

**DESIGN GRÁFICO [CAPA]** Rodrigo Braga

**DESIGN GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO]** Edissa Waldow

**REVISÃO DE TEXTO** Patrícia Aragão

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  
Site: www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

E56        ENADE comentado [recurso eletrônico] : direito 2015 /  
              organizadores Clarice Beatriz da Costa Söhngen, Fabrício  
              Dreyer de Ávila Pozzebon. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre :  
              EDIPUCRS, 2016.  
              100 p.

Modo de acesso: <http://www.pucrs.br/edipucrs/>  
ISBN 978-85-397-0908-3

1. Direito – Ensino – Avaliação. 2. Ensino superior – Brasil. 3.  
Direito. I. Söhngen, Clarice Beatriz da Costa. II. Pozzebon,  
Fabrício Dreyer de Ávila.

CDD 4. ed. Dóris 340.07

---

**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 .....	6	QUESTÃO 23 .....	51
NOTA DOS ORGANIZADORES .....	7	QUESTÃO 24 .....	53
QUESTÃO 09 .....	8	QUESTÃO 25 .....	55
QUESTÃO 10 .....	12	QUESTÃO 26 .....	59
QUESTÃO 11 .....	14	QUESTÃO 27 .....	61
QUESTÃO 12 .....	21	QUESTÃO 28 .....	67
QUESTÃO 13 .....	24	QUESTÃO 29 .....	70
QUESTÃO 14 .....	26	QUESTÃO 30 .....	73
QUESTÃO 15 .....	28	QUESTÃO 31 .....	75
QUESTÃO 16 .....	31	QUESTÃO 32 .....	77
QUESTÃO 17 .....	35	QUESTÃO 33 .....	79
QUESTÃO 18 .....	38	QUESTÃO 34 .....	81
QUESTÃO 19 .....	41	QUESTÃO 35 .....	86
QUESTÃO 20 .....	45	QUESTÃO DISCURSIVA 03 .....	90
QUESTÃO 21 .....	47	QUESTÃO DISCURSIVA 04 .....	92
QUESTÃO 22 .....	49	QUESTÃO DISCURSIVA 05 .....	94

### APRESENTAÇÃO

---

A Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul apresenta a edição do **ENADE COMENTADO DO EXAME DE 2015**.

Na presente obra, destaca-se a metodologia inovadora aplicada na elaboração dos comentários às respostas do exame, pois há questões comentadas pelos professores com a participação dos alunos da FADIR/PUCRS.

Trata-se, portanto, de um exercício intelectual que é resultado de uma análise aprofundada dos temas jurídicos enfrentados na avaliação dos conhecimentos construídos pelos alunos a partir do desenvolvimento da sua habilidade para a resolução de problemas por meio do raciocínio lógico.

Cabe ressaltar ainda a relevância deste instrumento para estudos e revisão dos conteúdos desenvolvidos nas aulas, em grupos de estudos e pesquisa, além das reflexões promovidas pela discussão das temáticas apresentadas nas atividades de extensão promovidas pela Faculdade de Direito.

Assim sendo, resta o agradecimento a todos que participaram na realização deste trabalho!

*Professora Clarice Beatriz da Costa Söhngen*

## NOTA DOS ORGANIZADORES

---

Prezado leitor:

A publicação da quarta edição do *Enade Comentado*, coordenada pela Professora Clarice Beatriz da Costa Söhngen e elaborada pelos professores e alunos da Faculdade de Direito da PUCRS, visa contribuir para o estudo das questões formuladas no exame de 2015.

Considerando a relevância acadêmica para o desenvolvimento de atividades pedagógicas que orientem os alunos no contínuo aprendizado e na revisão de seus conhecimentos jurídicos, esta edição apresenta os comentários do corpo docente e discente da Faculdade de Direito (FADIR) de modo crítico e atualizado.

A equipe organizadora inscreve seus agradecimentos aos professores, aos alunos, aos funcionários Jaqueline da Silva Alves Knob e Vitor Hugo da Silva Rodrigues, bem como à PROACAD e à Edipucrs pelo apoio incondicional que possibilitou a presente publicação.

### QUESTÃO 09

---

A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei qualquer que fosse seu significado, é apenas a sujeição à lei enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição.

PIETRO S. L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.  
*In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003 (adaptado).

Considerando o paralelo entre a concepção juspositivista e a concepção pós-positivista (neoconstitucionalismo) do Direito, apresentado no texto, avalie as afirmações a seguir.

- I. As regras, no positivismo jurídico, são preponderantes, enquanto, no neoconstitucionalismo, preponderam os princípios.
- II. O magistrado tem maior destaque no positivismo jurídico, ao passo que o legislador possui maior destaque no neoconstitucionalismo.
- III. A subsunção é o principal processo de interpretação da lei, característico do positivismo jurídico, ao passo que a ponderação de princípios é característica relevante do neoconstitucionalismo.
- IV. A figura do juiz como “a boca da lei” remete à concepção normativista, típica do positivismo jurídico, em que cabia aos juízes interpretar e adaptarem as leis aos casos concretos.

É correto apenas o que se afirma em

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

**Gabarito: (A)**

**Autores: Aline Martins da Silva, Daiana Moro do Santos e Felipe Kirchner**

## COMENTÁRIOS

A questão cobra o conhecimento das diferenças existentes entre as visões<sup>1</sup> positivistas e pós-positivistas (neoconstitucionalistas)<sup>2</sup> do Direito.

A doutrina positivista – vigente como concepção hegemônica do Direito Ocidental desde a formação do Direito Contemporâneo, como produto dos pensamentos liberal e cartesiano, que floresceram no seio do movimento iluminista da Revolução Francesa – tem como fundamento básico o formalismo legal, entendendo que a norma jurídica é o eixo de sustentação do Direito.

Como características marcantes dessa corrente, destacam-se as seguintes:

- I. em suas concepções mais radicais, crença na neutralidade do Direito, identificando-o com a lei em sentido estrito (negativa da relevância dos valores e dos princípios);
- II. negação do caráter construtivo da atividade hermenêutica, reduzindo o papel do operador jurídico a mero aplicador da lei ao caso (juiz “boca da lei”, na célebre expressão de Montesquieu);
- III. aplicação do Direito por um processo dedutivo de subsunção, em que o caso concreto é meramente a premissa menor de um silogismo formado pela norma jurídica;
- IV. desconsideração de aspectos éticos e/ou ideológicos no processo de aplicação da norma ao caso concreto;
- V. visão fechada do sistema jurídico, concedendo relevância apenas ao aspecto intrassistemático (relação normativa interna de cada diploma legal);
- VI. normas criadas sob a premissa de uma igualdade formal (a lei trata todos os indivíduos igualmente).

Especialmente a partir da segunda metade do século XX, o paradigma positivista passou a ser questionado como metodologia eficaz para a solução dos conflitos sociais que se apresentam cada vez mais complexos, surgindo, então, o movimento conhecido como pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, conformado pelas seguintes premissas:

- I. inserção dos valores e dos princípios no processo de construção e de aplicação do Direito;
- II. assimilação do caráter construtivo da atividade hermenêutica, compreendendo a diferença entre texto e norma (esta, produto da atividade do intérprete) e o papel criativo do operador jurídico;
- III. relevância do fato social no momento de realização do Direito, o que leva à utilização do pensamento tópico ou indutivo em conjunto com o método de subsunção;
- IV. compreensão dos aspectos éticos e/ou ideológicos no processo de formação e aplicação do Direito, por meio de diretrizes como dignidade, socialidade e eticidade;
- V. visão aberta do sistema jurídico, englobando o viés intersistemático (relação das normas entre si) e extrassistemática (relação do Direito com outros ramos do pensamento humano, tais como psicologia, economia, sociologia, antropologia etc., e sistemas-normativos, em especial a moral e os sistemas teológicos).
- VI. normas criadas sob a premissa de uma igualdade material (lei tratando os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais, na medida em que se desigualem, o que fez surgir uma série de diplomas legais protetivos, tais como CLT, CDC, ECA, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha etc.).

<sup>1</sup> Cumpre salientar que não se pode falar na existência de uma visão unitária positivista ou pós-positivista, eis que dentro de cada uma dessas correntes subsistem concepções bastante distintas. Contudo, pode-se falar da existência destas escolas de pensamento, conformadas por determinadas características próprias.

<sup>2</sup> Como a questão não apresenta distinção, aqui não se fará a diferenciação teórica entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Contudo, salienta-se que aquele é uma corrente de pensamento mais abrangente, cujas premissas servem de pilar de sustentação para diversos matizes de pensamento, tais como o neoconstitucionalismo.

Posicionadas essas premissas teóricas, a questão inicia colacionando um excerto doutrinário de Luis Prieto Sanchís acerca do neoconstitucionalismo, em que é ressaltada a mitigação da sujeição do juiz à letra da lei e o caráter aberto da visão do sistema jurídico.

Questionando-se a validade das assertivas em razão do paralelo entre os pensamentos positivistas e pós-positivistas, passa-se ao seu exame.

A Assertiva I está correta, pois efetivamente o pensamento positivista dá primazia às regras, por serem normas com grande determinabilidade, indicando claramente comportamentos e sanções e contendo soluções jurídicas (sanções) preconcebidas, enquanto o pensamento pós-positivista constrói o Direito a partir dos princípios, normas que não possuem mandados definitivos, mas tão somente *prima facie*, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.<sup>3</sup>

A Assertiva II está incorreta, pois inverte as posições de destaque. No positivismo a norma jurídica criada pelo legislador é a grande fonte do Direito e deve ser apenas aplicada pelo magistrado, não lhe sendo permitida maior reflexão e/ou análise sobre o conteúdo da norma e sua vigência/validade perante as peculiaridades do caso concreto. Já o pós-positivismo trabalha com a concepção hermenêutica de que o texto legal é produto da atividade legislativa, mas a norma é fruto da atividade criativa dos operadores jurídicos quando da aplicação do Direito ao caso concreto. Assim, o legislador tem maior destaque no positivismo, enquanto o magistrado (e os demais operadores jurídicos) possui maior destaque no neoconstitucionalismo.

A Assertiva III está correta, pois o positivismo detinha a concepção de sistema fechado e a primazia hermenêutica da literalidade da norma, a qual era aplicada ao caso por meio da subsunção, procedimento lógico-formal de natureza dedutiva (raciocínio da norma para o caso). Já o pós-positivismo, ao trabalhar com a categoria normativa dos princípios jurídicos (e com uma série de normas abertas presentes nas novas codificações),<sup>4</sup> necessita do pensamento tópico-indutivo (raciocínio do caso para a norma) e das técnicas de ponderação de princípios, dada a vagueza semântica e de conteúdo de dever-ser dessas espécies normativas.

A Assertiva IV está incorreta. Efetivamente “a figura do juiz como “boca da lei” remete à concepção normativista, típica do positivismo jurídico”, porém é falsa a afirmação de que nessa concepção “cabia aos juízes interpretar e adaptar as leis aos casos concretos”. A expressão juiz “boca da lei”, cunhada por Montesquieu, traduz a função do juiz no período positivista, reduzida a aplicação da letra fria da lei, sem preocupações com a adaptação da norma as peculiaridades fáticas do caso em julgamento.

Posicionada teoricamente a questão, tem-se que a alternativa correta é a letra A, que afirma a correção das assertivas I e III.

<sup>3</sup> Contudo, pode-se analisar criticamente a assertiva (sem retirar seu juízo de correção) quando esta afirma, sem ressalvas, a preponderância dos princípios na corrente pós-positivista. Ocorre que esta assimila a importância de funções de cada espécie normativa, cabendo as regras servirem de comandos para determinar condutas próprias (obrigatórias, permitidas e/ou proibidas), enquanto os princípios se encontram voltados ao alcance de determinados fins. Embora controversa a problemática envolvendo a relação hierárquica entre as espécies normativas (doutrina clássica majoritariamente defendendo a prevalência dos princípios, como querem Alexy, Dworkin e Juarez Freitas, e posições críticas, como de Humberto Ávila e Nelson Rosenvald), contemporaneamente se trabalha a possibilidade de mitigação da aplicação das regras, o que a doutrina denomina de derrotabilidade ou superabilidade (*defeseability*), visando a busca de realização de justiça em concreto.

<sup>4</sup> Do que são exemplos as seguintes normas previstas no Código Civil de 2002: abuso de direito (artigo 187), boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422), função social dos contratos (artigo 421) e responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (artigo 927, parágrafo único).

## REFERÊNCIAS

---

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, 174 p.
- BETTI, Emilio. *Diritto Metodo Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, 614 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.
- GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 544 p.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e Pensamento Sistemático: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-144, 2002.

### QUESTÃO 10

---

O processo de globalização do capitalismo ensejou a configuração de um mercado mundial e a existência de atores e centros de poder supranacionais. Essas transformações afetaram o papel do Estado moderno como centro de poder e como protagonista da política internacional.

Diante do processo de globalização, mencionado no texto, verifica-se que

- A. A atuação dos Estados nacionais não foi eliminada, mas houve necessidade de redefinição do seu papel frente às suas respectivas sociedades e às relações políticas internacionais.
- B. A manutenção da soberania no Estado moderno tornou-se dependente de adaptações na orientação política adotada pelos seus governantes.
- C. O Estado moderno perdeu a sua soberania, visto que o controle exercido pelo mercado e pelos centros de poder mundiais compromete a autonomia para o desenvolvimento de ações nos âmbitos sociopolítico e econômico.
- D. O Estado moderno foi revigorado e a sua primazia política nas relações internacionais foi fortalecida embora tais consequências desse processo fossem imprevisíveis.
- E. A concepção absoluta de soberania dos Estados nacionais foi flexibilizada, pois os interesses econômicos e políticos internacionais foram colocados acima das questões nacionais.

**Gabarito: (A)**

**Autor: Wambert Gomes Di Lorenzo**

### COMENTÁRIOS

---

Em parte, a soberania está para os Estado como a liberdade está para o indivíduo, porque se a liberdade do indivíduo encontra limites na vida social, a soberania é a capacidade de autodeterminação sem limites de um Estado. Entretanto, a ideia de soberania, definidora do próprio Estado moderno, vem ao longo do tempo se tornando cada vez mais imprecisa. Na gênese do conceito, segundo Cezar Saldanha Souza Júnior, *poder soberano* por definição seria aquele que está acima de qualquer controle tendo como atributos ser *físico, unilateral, autônomo e concentrador*. *Físico* porque se baseava na *potestas* e não na *auctoritas*, tendo em seu favor o poder coercitivo e o monopólio da força; *unilateral* por não se

basear mais em pactos bilaterais; *autônomo* por estar livre do poder eclesiástico; e *concentrador*, por não mais estar pulverizado entre os nobres.<sup>5</sup>

Para Jean Bodin, tal poder era *perpétuo*, *absoluto* e *concentrado*: *perpétuo*, pois não se submetia a um tempo definido; *absoluto* em face do monopólio de produzir e aplicar o Direito; e *concentrado*, porque todas as funções são exercidas por quem detém o poder soberano.<sup>6</sup> Dalmo de Abreu Dallari afirma haver um consenso de que a soberania tem como características ser *una*, *indivisível*, *inalienável* e *imprescritível*. *Una* por não ser possível duas soberanias ocuparem o mesmo espaço político e territorial; *indivisível* porque ele se aplica integralmente dentro do Estado, não se admitindo que ela seja exercida apenas em parte; *inalienável* porque ela é essencial à existência de quem a detém; e *imprescritível* porque não tem prazo de duração.<sup>7</sup>

Em que pese tais elementos essenciais, atualmente o processo de abertura dos mercados internos e o surgimento de um mercado externo globalizado relativizou o alcance da própria soberania, na medida em que gerou atores e centros de decisões supranacionais, como mercados comuns e organismos internacionais reguladores deste mercado global, como a própria OMC (Organização Mundial do Comércio). Tais elementos contemporâneos esvaziaram o protagonismo do Estado Nacional como centro de poder. Porém, tais instituições internacionais não exercem poder sobre os Estados Nacionais ao ponto de eliminar a sua soberania, mas ensejam a readequação do papel do Estado em face das suas comunidades internas e a comunidade internacional, sobretudo pactuando as relações econômicas, comerciais e sociais ao ponto de não eliminar, mas dar um alto grau de imprecisão aos limites da soberania.

<sup>5</sup> Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 33.

<sup>6</sup> Cf. Id., *Ibid.*, p. 35.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

#### QUESTÃO 11

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.2009) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 29087*. Julgamento: 16/09/2014. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 set. 2015 (adaptado).

Considerando essa ementa e o regime jurídico das terras indígenas, avalie as seguintes afirmações.

- I. No caso julgado pelo STF, considerou-se que as terras não eram “tradicionalmente ocupadas pelos índios”, em razão de nelas não haver comunidades em 1988.
- II. Conforme a decisão do STF, torna-se juridicamente inviável a União desapropriar as terras discutidas, por não serem reputadas indígenas.
- III. A propriedade de terras “tradicionalmente ocupadas pelos índios” é das aldeias, podendo, somente por elas, ser transferida a particulares ou ao Poder Público.
- IV. Compete à União proteger os bens indígenas bem como realizar a demarcação de suas terras.

É correto apenas o que se afirma em

- A. I e II.
- B. I e IV.
- C. III e IV.

- D. I, II e III.
- E. II e III e IV.

**Gabarito: (B)**

**Autores: Plínio Melgaré e Roberto Antonio Liebgott**

## COMENTÁRIOS

O Enade 2015, em sua questão de número 11, traz a lume uma discussão atual e emblemática no tocante aos direitos indígenas expressos na Constituição Federal de 1988. No exame, se apresenta uma ementa do Supremo Tribunal Federal (STF) em que se interpreta o artigo 231, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF). Reflexo dessa análise, se estabelece como marco referencial para demarcações de terras indígenas, o dia da promulgação da própria CF, isto é, 5 de outubro de 1988. A definição de um dado objetivo (a data de promulgação da CF) como marco temporal da ocupação, conforme o Ministro Teori Zavascki,

reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada na Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição.<sup>8</sup>

Assim, os indígenas, não estando na posse da terra ou em renitente esbulho, i.e., disputando-a conflituosa ou judicialmente, naquela data de 5 de outubro de 1988, não têm direito à demarcação da área reivindicada, pois não haveria tradicionalidade.

Nada obstante, complementando o marco temporal, tem-se o marco da tradicionalidade da ocupação. Assim, não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com a promulgação da CF, exige-se a existência de um tipo “qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios”, de acordo com o voto do Ministro Ayres Britto.<sup>9</sup>

Observa-se, todavia, que o segundo marco é complementar ao primeiro: somente se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se constata o segundo, é dizer, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Em contrapartida, se as terras não estiverem ocupadas em 5 de outubro de 1988, o segundo marco nem é verificado. O primeiro marco, a data de promulgação da CF, é condição para o segundo marco, o da tradicionalidade da ocupação.

Na primeira parte da ementa, destaca-se que a configuração de terras tradicionalmente ocupadas

<sup>8</sup> ARE 803.462-AgR/MS. Decisão publicada no DJe de 12.2.2015.

<sup>9</sup> Pet. 3.388/RR, de 19 de março de 2009, publicada no DJe 24/09/2009.

pelos índios já foi pacificada pelo STF por ocasião da edição da Súmula 650,<sup>10</sup> publicada em 2003. Sobre essa afirmação, alguma ressalva há de ser posta, em especial quanto à súmula e o seu alcance. Em termos contextuais, observa-se, a referida súmula é fruto de ações movidas perante o STF para que este se pronunciasse a respeito do interesse da União na solução de ações de usucapião em áreas localizadas nas cidades de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, tendo em vista o artigo 1º, alínea *h*, do Decreto-Lei 9.760/1946.<sup>11</sup> É a súmula a solução diante do enfrentamento de interesses da União e dos municípios de Guarulhos e Santo André. E, nesses termos, a súmula atingiu a sua finalidade: dirimir eventuais conflitos de interesses da União em ações de usucapião em terras localizadas naqueles municípios.

A União alegava interesse na solução do litígio com os municípios. O fundamento seria que a área a ser usucapida se localizava em aldeamento indígena antigo e, portanto, tais terras seriam, de acordo com o que está disposto no Decreto-Lei nº 9.760/1946, e no art. 20, incisos I e XI, da Constituição Federal, patrimônio público federal.

Relativamente a esta demanda, de acordo com decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência firmara o entendimento segundo o qual o Decreto-Lei nº 9.760/1946 – por ter sido editado no período em que vigorava a Constituição Federal de 1937 – não fora acolhido pela CF. Então, a União não deveria mais figurar como parte nas ações de usucapião em terras relativas ao disposto no art. 1º, alínea *h*, do Decreto nº 9.760/1946. A Súmula nº 650, vincula-se, pois, aos casos específicos de usucapião de antigos aldeamentos indígenas a que se refere o dispositivo do Decreto-Lei de 1946.<sup>12</sup>

Na sequência, a Ementa diz ainda (número 2) que “a data da promulgação da CF (2.10.88) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.09.1999)”. Esse entendimento, utilizado no RMS nº 29.087 de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi extraído do caso Raposa Serra do Sol.

Contudo, mais uma vez, há de se estabelecer alguma ressalva, haja vista fundar-se em uma interpretação não consolidada no Judiciário brasileiro, pois tal matéria ainda se encontra em discussão nos tribunais. Portanto, não há que se tomá-la como definitiva. Além do que, sobre essa decisão, há recursos que carecem de apreciação.

Ademais, o Acórdão nos Embargos de Declaração do caso Raposa Serra do Sol, determina que a medida ali adotada não se estende a casos similares. De acordo com o voto do relator, Min. Luis Roberto Barroso, “[...] a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas.”<sup>13</sup> Isso posto, tem-se que o marco temporal não tem efeito vinculante e se restringe àquele específico pleito (Pet. 3388/RR). Da mesma forma, embora

<sup>10</sup> Enuncia a súmula: “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=650.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

<sup>11</sup> Dispõe o referido texto legal: Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União: h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares. A íntegra do Decreto, que regula os bens imóveis da União, encontra-se em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/107132/lei-dos-bens-imoveis-da-uniao-decreto-lei-9760-46>>.

<sup>12</sup> Nesse sentido, ver também o artigo *Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião*, de autoria de Roberto Lemos dos Santos Filho, disponível em <[http://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula\\_650\\_stf\\_incide\\_acoes\\_usucapiao](http://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula_650_stf_incide_acoes_usucapiao)>. Ainda, a corroborar tal entendimento, menciona-se a decisão da Comissão de Jurisprudência do STF, presidida à época pela Ministra Ellen Gracie, que determinou o arquivamento de uma proposta, apresentada pela Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), para tornar vinculante a Súmula 650. A Comissão de Jurisprudência expressou que a discussão posta na súmula não guardava relação alguma com o tema da demarcação de reservas indígenas. Assim, dar efeito vinculante à Súmula 650 seria ampliar o texto sumulado de modo inadequado, pois o afastaria da especificidade jurídico-constitucional que o motivou. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, ver <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122930>>.

<sup>13</sup> A íntegra do voto está disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/decisao-barroso-raposa-serra-sol.pdf>>.

haja a ementa mencionada (RMS nº 29.087), julgada pela Segunda Turma do STF e ainda pendente de análise recursal, após decisão do caso Raposa Serra do Sol, no entendimento do Pleno do Supremo, não há que se falar em aplicação do marco temporal, nestes termos:

III – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”<sup>14</sup> (MS nº 31.100).<sup>15</sup>

Portanto, percebe-se que a matéria alusiva ao marco temporal ainda alimenta divergências. Nesse sentido, a habitação permanente na data de promulgação da Constituição Federal de 1988 é um dos tópicos que identificam as terras indígenas.

O número 3 da Ementa indica que o “Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo STF na Pet. 3388 (Raposa Serra do Sol)”. Novamente o exame induz, para os que não conhecem ou acompanharam o desfecho do julgamento da Ação Popular movida contra o procedimento de demarcação da Terra Raposa Serra do Sol, a um juízo que não procede. O julgamento desse caso ficou marcado pelo exaustivo debate acerca dos direitos indígenas expressos nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal. Os fundamentos e as teses de discussões se originaram a partir do voto do Relator do Processo, Ministro Aires Britto, e pelo voto vista apresentado pelo Ministro Menezes de Direito.

Ambos os votos debateram as teses vinculadas à tradicionalidade da ocupação indígena, dos direitos originários, de aspectos culturais, de pertencimento e de vínculo com a terra. Além do marco temporal, do usufruto dentre outras questões. A partir dos votos referidos, os demais ministros do STF foram instigados a se posicionar sobre o procedimento demarcatório daquela terra indígena e a enxergar, a partir daquele caso concreto, a realidade indígena no Brasil.

Do julgamento, surgiram aspectos relevantes sobre o direito dos indígenas. Assim, a decisão quanto à constitucionalidade da demarcação da terra Raposa Serra do Sol em área contínua, e não em ilhas, foi unânime, configurando em grande avanço para os povos tradicionais. No entanto, foram propostos Embargos de Declaração para que se esclarecesse se o julgamento (com suas condicionantes e o marco temporal da Constituição Federal de 1988) se vincularia ou não às demais demarcações de terras indígenas. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que não se vinculariam às futuras demarcações, nestes termos, conforme referido.

Todavia, posteriormente ao caso Raposa Serra do Sol, algumas demandas judiciais sobre demarcações de terras passam a tomar como referência (na expectativa de desconstituir a legitimidade de procedimentos administrativos de demarcações de terras realizados pela Fundação Nacional do Índio) as teses condensadas naquele julgamento (RMS 29.087 e RE 803.462).

Há, no entanto, de se observar que o julgamento de Raposa Serra do Sol serviu, não para desconstituir a demarcação, mas para validá-la – e as decisões que sustentam o marco temporal são da Segunda Turma, às quais divergem da posição do Pleno.

O número 4 da Ementa diz:

<sup>14</sup> Essa decisão é do Pleno, datada de 13/08/2014 e de Relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Vide também, nessa mesma linha, o MS nº 27.939. No caso do RMS nº 29.087, que também pende de recurso, a decisão que entende pela aplicação do marco temporal é de 16/09/2014, mesmo período as decisões do Pleno que negam a sua aplicação.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/decisao-barroso-raposa-serra-sol.pdf>>.

No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de 70 anos não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário.

Essa afirmação é relativa à discussão posta no julgamento da Segunda Turma do STF acerca da demarcação da Terra Guyraroká, do Povo Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul. Pretende-se, nesse caso concreto, impor a tese do marco temporal com o argumento de não haver provas suficientes no processo demarcatório de que os indígenas estivessem na posse da terra reivindicada no ano de 1988 e de que também não estavam, naquela data, em renitente esbulho, ou seja, em conflito físico ou disputas judiciais.

Mas seguir dogmaticamente essa interpretação é afrontar os direitos originários dos povos indígenas. Impor de modo absoluto a data de 5 de outubro de 1988, descolada do contexto histórico de resistência dos povos e das comunidades indígenas constitui numa grave contradição: seria impor aos indígenas uma responsabilidade que não lhes competia antes da Constituição de 1988, qual seja, a de ingressarem em juízo, uma vez que eles eram tutelados pelo Estado.

Atualmente, com o fim da tutela expressamente estabelecido em nossa lei maior, o Poder Judiciário não procede ao chamamento dos povos, quando da discussão de processos que lhes dizem respeito. Por isso, é necessário reafirmar que o entendimento dos ministros sobre o tema (renitente esbulho), no contexto da terra Raposa Serra do Sol, serviu para legitimar a demarcação, assegurando a posse indígena sobre terras onde se constituíram fazendas desde o início do século passado.

A questão do Enade trouxe o debate sobre demarcação de terras indígenas a partir de uma leitura definitiva do marco temporal. Os alunos de Direito – que não receberam informações acerca dos direitos constitucionais dos povos indígenas no decorrer do curso – provavelmente, não tinham como avaliar as opções, uma vez que a Ementa não esclarece efetivamente o caso ou fato em julgamento. O que não parece correto é o fato de não ter sido apresentada nenhuma informação concreta ao aluno para situá-lo acerca do que era discutido no processo que originou a Ementa da respectiva questão, e, ainda, houve informações incompletas sobre o marco temporal, ainda sem pacificação na Corte Suprema.

- I. Ora bem, feitas essas observações preliminares, examina-se o conteúdo das quatro alternativas propostas pelo Enade, relacionando-as com o regime jurídico das terras indígenas.

Na primeira alternativa, que, de acordo com o gabarito, estaria correta, foi estabelecido que “No caso julgado pelo STF, considerou-se que as terras não eram “tradicionalmente ocupadas pelos índios”, em razão de nelas não haver comunidades indígenas em 1988”. Para se escolher esta alternativa como uma das opções corretas, exige-se o domínio acerca do sentido da Súmula 650, do STF, nos termos da análise anteriormente feita nesses comentários. De fato, pela simples apresentação da ementa, a conclusão que se alcança é no sentido da afirmação apresentada na assertiva I.

A segunda assertiva estabelecia que “Conforme a decisão do STF, torna-se juridicamente inviável a União desapropriar as terras discutidas, por não serem reputadas indígenas”. Diante dessa alternativa, é adequado conhecer a legislação indigenista e, por conseguinte, a extensão e aplicabilidade do art. 231, §1º e §6º, da CF, assim redigidos:

Art. 231. 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.

§ 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.

§ 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.

A União ao demarcar uma terra indígena apenas delimita sua extensão, seus lindes, já que o direito indígena sobre a terra é tradicional, originário e, portanto, uma relação territorial anterior à criação do estado brasileiro. Conforme a doutrina,

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. [...] Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente [...]. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro.<sup>16</sup>

Complementa-se: a demarcação e o registro cumprem o papel de publicizar, dando conhecimento a terceiros do direito reconhecido. O direito territorial indígena não passa, como regra, por processo de desapropriação de propriedade de terceiros. Se a terra for tradicional, ela apenas passa por um processo de delimitação e de reconhecimento, de acordo com o Decreto 1775/1996. As terras indígenas são patrimônio da União e o usufruto é exclusivo dos povos indígenas. Não é juridicamente possível a desapropriação de terras que já são da União, além de serem imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, de acordo com o § 4º do art. 231 da CF/88.

De acordo com o do Estatuto do Índio, Lei 6001/1973, nos seus artigos 26 e 27, como exceção, é possível a desapropriação, respeitando, todavia, a tradicionalidade e indisponibilidade das terras, nestes termos:

Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Portanto, incorreta a assertiva.

<sup>16</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho et al. S. Paulo: Saraiva/Almedina: 2013, p. 2153.

A opção de número III diz: “A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é das aldeias, podendo, somente por elas, ser transferida a particulares ou ao Poder Público”. Esta alternativa também é incorreta porque as terras indígenas constituem-se em bens da União e os povos tradicionais não adquirem nem recebem, em função da demarcação, o direito de propriedade das terras, cabendo-lhes o seu usufruto exclusivo. O artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal expressamente diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. O artigo 231, em seu parágrafo 2º, enfatiza que “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. E o parágrafo 4º impede que as terras destinadas aos povos indígenas venham a ser entregues ou exploradas por terceiros, pois são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Por fim, a alternativa IV volta-se para a competência da União no tocante aos bens indígenas: *Compete à União proteger os bens indígenas bem como realizar a demarcação de suas terras*. A correção dessa assertiva é encontrada a partir da simples leitura do já mencionado artigo 231, da CF, ao estabelecer que a União deve demarcar as terras indígenas, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens; reconhece os povos em suas diferenças étnicas e culturais e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

## II. Conclusão

Portanto, dentre as alternativas apresentadas para os alunos, havia uma evidentemente correta, a opção de número quatro. Duas delas são incorretas – a segunda e a terceira. A outra opção, a primeira, e mais emblemática, é tomada como verdadeira e se refere explicitamente ao que se pretendia sujeitar para a reflexão, qual seja, o marco temporal da ocupação tradicional indígena (5 de outubro de 1988), considerado como inconstitucional por juristas como Dalmo Dallari e José Afonso da Silva<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> O Seminário “Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF” reuniu juristas, antropólogos e lideranças indígenas no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP. Os juristas Dalmo Dallari e José Afonso da Silva, além da subprocuradora geral da República Deborah Duprat, apontam inconstitucionalidades na tese do marco temporal utilizada pela 2ª Turma do STF para anular demarcações de Terras Indígenas. Disponível em: <<http://www.trabalhoindigenista.org.br/noticia/segundo-juristas-marco-temporal-de-1988-para-terras-ind%C3%ADgenas-%C3%A9-inconstitucional>>. Acessado em: 7 jan. 2016.

### QUESTÃO 12

O encaminhamento do menor para a guarda de terceiro encontra amparo principiológico na proteção integral e no melhor interesse da criança e do adolescente, previstos no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990.

O artigo 19 do ECA dispõe que “é direito fundamental de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família natural, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”. Essa excepcionalidade estará configurada na hipótese de a família natural não ser adequada ou não atender aos direitos e garantias vinculados ao princípio da proteção integral. Nos termos do artigo 28 do ECA, a colocação da criança e/ou do adolescente em uma família substituta, por meio da utilização dos instrumentos legais da guarda, da tutela e da adoção, leva sempre em conta melhor interesse do menor.

Em março de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito de adoção por casais homoafetivos, pelo entendimento de que “A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva”.

(RE/615264, Relator Min. Marco Aurélio Mello, 19/03/2015)

Tendo como base a matéria tratada, assinale a opção correta.

- A. O instituto da guarda – relacionado à obrigação de se prestar assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, visando ao seu melhor interesse – está vinculado à curatela, para o atendimento a situações de falta dos pais ou responsáveis.
- B. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, o que independe da situação jurídica da criança ou do adolescente, porém, em se tratando de colocação em família substituta estrangeira, a medida é excepcional e unicamente admissível na modalidade de acolhimento.
- C. A adoção de crianças e adolescentes por casal homoafetivo, autorizada pelo STF, que reconheceu como entidade familiar a decorrente da união estável composta por pessoas do mesmo sexo, confere ao adotando a condição filial e de dependente, para todos os fins de direito, exceto os sucessórios, dada a lógica vedação constitucional.
- D. Nos termos da legislação civil em vigor, a tutela será deferida somente nos casos em que a criança ou o adolescente, em razão de enfermidade ou deficiência mental, não apresentar o necessário

discernimento para os atos da vida civil ou que, por outro motivo persistente, não tiver condições de exprimir livremente a sua vontade.

- E.** Os ex-companheiros, os judicialmente separados e os divorciados podem adotar conjuntamente na medida em que o estágio de convivência com o adotando tenha sido iniciado na constância do período de convivência do casal, sendo necessária a comprovação da existência de vínculos de afinidade e afetividade como o não detentor da guarda que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

**Gabarito: (E)**

**Autora: Maria Regina Fay de Azambuja**

## COMENTÁRIOS

A alternativa **(A)** não se mostra correta. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação em família substituta se dá através de três institutos: guarda, tutela e adoção. Segundo a referida legislação, há disposições comuns aos institutos da guarda, tutela e adoção, expressas nos artigos 28 a 32, e regras próprias de cada uma das formas de colocação em família substituta (arts. 33 a 52-D ECA). Nesse diapasão, possível afirmar que a guarda não está vinculada à curatela. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, não exigindo prévia suspensão ou destituição do poder familiar. A curatela, por sua vez, volta-se para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem expressar sua vontade, os ébrios habituais ou viciados em tóxico e os pródigos, aplicada aos maiores de 18 anos, em que pese alguns autores sustentarem sua aplicabilidade também aos que ainda não atingiram a maioridade.

A alternativa **(B)** mostra-se incorreta ao afirmar que a colocação em família substituta, mediante guarda, tutela e adoção, independe da situação jurídica da criança e do adolescente. A guarda independe da situação jurídica da criança ou do adolescente ao passo que a tutela só será possível quando os pais forem falecidos, tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar (art. 36, parágrafo único, ECA). Equivoca-se ainda o texto ao afirmar que a colocação em família substituta estrangeira é admitida unicamente na modalidade de acolhimento. A adoção por estrangeiro, embora seja medida excepcional, não apresenta vinculação com a medida de proteção de acolhimento familiar ou institucional. No que tange à adoção por estrangeiro, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente tratar-se de medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

A alternativa **(C)** equivoca-se ao afirmar que a adoção por pessoas do mesmo sexo não atribui ao adotando direitos sucessórios. A CF/88 (art. 227, §6º) estabelece a plena igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Importante esclarecer que a legislação em vigor não impõe qualquer restrição à adoção por pessoas do mesmo sexo. Com o reconhecimento da união estável homoafetiva, possível a adoção conjunta e simultânea pelos companheiros ou cônjuges, sejam heteroafetivos ou homoafetivos.

A alternativa **(D)** traz afirmações em desacordo com a legislação em vigor. A tutela, diferentemente do que é afirmado, destina-se à proteção da criança ou do adolescente cujos pais são falecidos ou tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar. Descabe qualquer relação entre o instituto da tutela e a presença de enfermidade ou deficiência mental ou mesmo falta de discernimento por parte da pessoa do tutelado.

Por último, a alternativa **(E)** mostra-se correta ao transcrever, quase que integralmente, o artigo 42, parágrafo 4º, ECA, autorizando a adoção conjunta pelos divorciados ou separados judicialmente desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com o não detentor da guarda justificando a excepcionalidade da medida. A omissão, no texto da questão, da necessidade de os adotantes acordarem sobre a guarda e o regime de visitas, não compromete a veracidade da alternativa proposta na presente questão.

### QUESTÃO 13

Prezado (a) Cliente do Banco X,

Temos uma novidade que vai aumentar ainda mais a sua tranquilidade. O Serviço de Proteção do seu cartão de crédito foi ampliado e, a partir do vencimento de sua próxima fatura, você contará com o novo Seguro Cartão.

Agora, além da proteção contra perda e roubo de seu cartão de crédito, você terá a mesma proteção para saques feitos sob coação em sua conta-corrente.

E mais: com o Seguro Cartão você contará com um conjunto de coberturas e serviços, como renda por hospitalização e cobertura por morte acidental e invalidez permanente em consequência de crime, além de serviços de táxi, despachante, transferência inter-hospitalar e transmissão de mensagens.

Por apenas R\$ 3,50 mensais, somente R\$ 1,00 a mais do que você paga atualmente, você terá acesso a todos esses benefícios.

Esta é uma segurança da qual você não deve abrir mão. Porém, caso você queira manter apenas a cobertura atual, basta que, nos próximos 30 dias, você entre em contato conosco por telefone e solicite o cancelamento do serviço.

Cordialmente,

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2015 (adaptado).

Considerando que entre os clientes e o Banco X, remetente da carta acima, há uma relação de consumo, protegida *in totum* pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, avalie as afirmações a seguir.

- I. A carta remetida configura pequeno “abuso de varejo”, tática empresarial dolosa de impingir pequenas perdas a centenas ou milhares de consumidores simultaneamente, que se enquadra na categoria *dolus bônus*, ou seja, dolo tolerável, que não torna anulável o negócio jurídico.
- II. Uma ação coletiva teria eficácia na resolução, *in totum*, do problema entre o Banco X e os clientes, conforme a legislação, doutrina e jurisprudência prevalentes, que consagram, em caso de procedência do pedido, que a condenação seja genérica, fixando a responsabilidade do Banco X pelos danos causados à clientela.
- III. As ações coletivas explicitadas pelo Código de Defesa do Consumidor não ensejam litispendência para ações individuais, mas o efeito da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, previsto no Sistema de Proteção ao Consumidor, não beneficiará os proponentes das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

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)**

**Autores: Cristiano Heineck Schmitt e Flávia do Canto Pereira**

## COMENTÁRIOS

No caso em análise, aponta-se como correta a alternativa D, a qual indica estarem certas as assertivas II e III do enunciado.

O enunciado ressalta que um determinado serviço de Seguro Cartão, vinculado ao cartão de crédito dos clientes do Banco X, tem um custo mensal de R\$3,50. Uma vez pago este valor, o cliente iria usufruir de uma série de benefícios. Até este ponto, não haveria problema algum, está dentro dos limites da livre iniciativa do fornecedor apresentar esse serviço aos seus clientes.

A ilicitude se manifesta quando o banco refere que, se o cliente NÃO pretender contratar tal serviços, caberá ele entrar em contato com a instituição financeira em até trinta dias, cancelando o serviço.

Nesse sentido, sem ter antes obtido a anuência do cliente, ou a sua autorização, o Banco X acabou impondo a contratação do serviço de seguro, o que configura uma prática abusiva, nula de pleno direito, à luz do artigo 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, essa situação jamais poderia configurar um “pequeno abuso de varejo” isento de repressão. Na verdade, esse cenário enseja a perspectiva de punição administrativa, entre outras. Assim, o inciso I do enunciado não está correto.

Acerca do inciso II, este ingressa no panorama da tutela judicial coletiva do consumidor e, acertadamente, menciona que uma ação coletiva, a qual pode ser manejada por instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, por exemplo, uma vez sendo considerada procedente, pode ser liquidada individualmente pelos consumidores atingidos pelo mesmo problema, à luz do artigo 103 do CDC, § 3º. Assim, é viável a condenação genérica em ações coletivas, com posterior liquidação, a fim de ser apurado o *an debeatur*, isto é, o valor propriamente devido.

No inciso III, também envolvendo tutela judicial coletiva do consumidor, anuncia-se que as ações coletivas não induzem litispendência com as ações individualmente propostas por consumidores, os quais somente serão beneficiados pelos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença de procedência proferida no pleito coletivo, se o autor da ação individual tiver requerido a suspensão de sua demanda no prazo de 30 dias da ciência do ajuizamento da ação coletiva. Em verdade, aqui reside uma regra de aproveitamento do resultado positivo da demanda coletiva, estando esta esculpida no artigo 104 do CDC.

A ação coletiva tem aptidão para produzir a coisa julgada material *secundum eventum litis*, isto é, a coisa julgada de acordo com o resultado, de forma que, sendo improcedente a sentença, de regra, não prejudicará as vítimas do evento, que poderão aforar suas ações individuais, somente beneficiando aquelas em caso de procedência. Inclusive, em determinados casos, a falha no manejo do conjunto probatório, tido como insuficiente, afasta a ocorrência da coisa julgada material. Assim, correto também está o enunciado III.

#### QUESTÃO 14

- Faz hoje dez anos que faleceu o pai desta menina, disse Anselmo apontando para Adelaide. Como sabem o Dr. Bento Varela foi o meu melhor amigo, eu tenho consciência de haver correspondido à sua afeição até aos últimos instantes. Sabem que ele era um gênio excêntrico; toda a sua vida foi uma grande originalidade. Ideava vinte projetos, qual mais grandioso, qual mais impossível, sem chegar ao cabo de nenhum, porque o seu espírito criador tão depressa compunha uma cousa como entrava a planear outra.

- É verdade, interrompeu o major.

- O Bento morreu nos meus braços, e como derradeira prova de sua amizade confio-me um papel com a declaração de que eu só abrisse em presença dos seus parentes dez anos depois de sua morte. No caso de eu morrer, os meus herdeiros assumiriam esta obrigação; em falta deles, o major, a Sra. Adelaide, enfim qualquer pessoa que por laço de sangue estivesse ligada a ele. Enfim, se ninguém houvesse na classe mencionada, ficava incumbido de um tabelião. Tudo isto havia eu declarado em testamento, que vou reformar. O papel a que me refiro, tenho aqui no bolso.

ASSIS, M. *Contos Fluminenses*. São Paulo: Martin Claret, 2006.  
Publicado originalmente pela Editora Garnier,  
Rio de Janeiro, em 1870 (adaptado).

O fragmento do texto apresentado faz referência a dois testamentos, dos personagens Bento e Anselmo. Com base na relação entre esse texto e o que dispõe o Código Civil de 2002, assinale a opção correta.

- A.** O texto citado expõe o meio testamentário mais simples de ser implementado, considerado, todavia, um ato imperfeito em razão de sua forma hológrafa.
- B.** O testamento de Bento poderia ter sido escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, mas somente teria validade se lido e assinado por quem o escreveu, na presença de, pelo menos, duas testemunhas herdeiras suas ou qualquer pessoa a ele ligada por laço de sangue.
- C.** No caso de falecimento de Anselmo antes do prazo estabelecido por Bento para abertura de seu testamento, os herdeiros do primeiro estariam desincumbidos da obrigação, por se tratar de relação jurídica originalmente complexa, relativa a *inter pars*.
- D.** A confirmação do testamento de Bento se daria mediante reconhecimento de sua autenticidade pelos herdeiros necessários – D. Adelaide e o major –, caso em que o juiz, ouvido o Ministério Público, procederia à confirmação.
- E.** A modalidade de testamento de Bento e de Anselmo é a mais acessível forma de dispor, embora não seja a mais usual, em decorrência dos riscos que suscita.

**Gabarito: (E)**

**Autora: Liane Maria Busnello Thomé**

## COMENTÁRIOS

---

O testamento representa a forma de expressão da vontade da pessoa de dispor de seus bens após a sua morte. A autonomia de vontade pode se expressar por meio de testamento inclusive se não houver bens, relacionados aos direitos de personalidade do testador.

O Código Civil de 2002 não conceitua o testamento, mas dispõe que o testamento é um negócio jurídico formal, pois a norma civil regula todas as formalidades necessárias à sua validade. Faltando as formalidades ou havendo falhas, o testamento será nulo ou anulável.

Na Questão 14, apresentada no Exame Nacional de Desempenho do Estudante, existe um testamento elaborado de forma simplificada, prevista no artigo 1.879 do CCB, que dispõe da possibilidade de, em circunstâncias excepcionais declaradas no testamento, o testador fazer testamento particular de próprio punho e assiná-lo.

- A opção correta é a letra “E”, que diz: “a modalidade de testamento de Bento e de Anselmo é a mais acessível forma de dispor, embora não seja a mais usual, em decorrência dos riscos que suscita”.
- A letra “A” não está correta quando afirma que o testamento hológrafo (significa escrito pela mão do testador) é um ato imperfeito, pois o legislador prevê que o testamento seja escrito de próprio punho pelo testador.
- A letra “B” não está correta, pois o CCB prevê esta forma especial de testamento onde não há testemunhas.
- A letra “C” não está correta porque, ao contrário do afirmado, houve a previsão de falecimento de Anselmo antes de Bento e que neste caso os herdeiros de Anselmo assumiriam essa obrigação.
- A letra “D” não está correta porque os herdeiros necessários de Bento não são D. Adelaide e o Major, mas apenas D. Adelaide, filha de Bento. O juiz deveria, sim, confirmar o testamento, após ouvido o MP.

### QUESTÃO 15

O Ministro da Justiça e o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assinaram acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto Audiência de Custódia em todo o Brasil.

Os acordos buscam incentivar o desenvolvimento da prática das penas alternativas e da política de monitoração eletrônica. As medidas previstas nos acordos buscam estimular e aproveitar o “potencial desencarcerador”, assegurando o uso dessas ferramentas com respeito aos direitos fundamentais. A assinatura dos documentos alinha-se a uma das principais diretrizes da atual gestão do CNJ, que é o combate à “cultura do encarceramento”.

Segundo o Ministro da Justiça, é necessário desnudar problemas típicos do sistema prisional brasileiro, a exemplo da superlotação carcerária e da falta de capacidades para a ressocialização de presos. “Precisamos aplicar as sanções penais devidas e efetivas. Ainda há a ideia de que apenas a pena restritiva de liberdade é eficaz, mas há medidas cautelares, como a monitoração eletrônica, que precisam ser aplicadas. Precisamos encontrar sanções penais duras, eficazes e que não prejudiquem a segurança pública nos estados”, defendeu o Ministro.

Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015>>.  
Acesso em: 09 ago. 2015 (adaptado).

Com base nesse texto, avalie as afirmações a seguir.

- I. A realidade da superlotação no sistema carcerário brasileiro é tema de extrema importância e preocupação na seara dos Direitos Humanos. Assim, há de se priorizarem políticas públicas que tenham como metas de longo alcance o encarceramento.
- II. O projeto Audiência de Custódia, cujo objetivo é incentivar a utilização das penas alternativas e da política de monitoração eletrônica, deverá ser implementado em todos os estados da Federação.
- III. A necessidade de ressocialização dos presos constitui uma das grandes preocupações dentro do sistema prisional, que precisa ser revisto diante da nova proposta do Conselho Nacional de Justiça.

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**

## COMENTÁRIOS

Antes de analisar o conteúdo de cada uma das assertivas apresentadas pela questão, impõe-se contextualizar o seu objeto, a chamada “audiência de custódia”.

Trata-se de iniciativa que tem por finalidade viabilizar que o preso em flagrante seja apresentado à autoridade judicial no prazo máximo de 24h, a fim de que esta analise a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, bem como avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, dentre outras irregularidades. Assim, recebidos os autos da prisão em flagrante e apresentado o preso, caberá ao magistrado, após entrevista com o detido e ouvidos o seu defensor (ou a Defensoria Pública) e o representante do Ministério Público, decidir a respeito da conversão do flagrante em prisão preventiva, determinar o seu relaxamento ou a concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança ou aplicação de outras medidas cautelares.

Do exposto, pode-se inferir que a audiência de custódia tem por objetivo a efetivação de direitos e garantias individuais consubstanciadas em regra de natureza constitucional, na medida em que, ainda que não esteja expressamente referida dentre o rol inscrito no artigo 5º da CRFB/88, encontra previsão em tratados internacionais de Direitos Humanos, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto de São José da Costa Rica*, de 1969, positivado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 1992, cuja posição hierárquica superior ao ordenamento processual infraconstitucional decorre do disposto nos §§ 2º e 3º do citado artigo 5º, nos termos da redação que lhes foi dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2009.<sup>18</sup>

Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise das assertivas.

A assertiva I encontra-se nitidamente **incorreta** ao asseverar que devem ser priorizadas *políticas públicas que tenham como metas de longo alcance o encarceramento*, haja vista que as perspectivas contemporâneas de atuação governamental apontam em sentido absolutamente inverso. Nesse contexto, a atenta leitura do documento intitulado *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais*, elaborado conjuntamente pelo Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional no âmbito do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD (cuja íntegra pode ser acessada em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e-359f32873a74b836efcd.pdf>) aponta que todos os esforços oficiais se direcionam à adoção de medidas desencarceradoras, seja pela ampliação da utilização de penas alternativas à prisão, seja pela utilização de medidas cautelares diversas às prisões preventivas, especialmente o monitoramento eletrônico:

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen – Jun./2014), último diagnóstico oficial sobre o sistema prisional publicado, o Brasil possui 607.731 pessoas privadas de liberdade em unidades do sistema penitenciário e em carceragens de delegacia, sendo o quarto colocado no ranking dos países com maior população prisional do mundo. Em termos relativos, a taxa de encarceramento do país alcançou a marca de 299,7 pessoas presas para cada cem mil habitantes, o que equivale a mais que o

<sup>18</sup> Sobre o tema, conferir LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais e o difícil caminho da audiência de custódia. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 45-48.

dobro da taxa de encarceramento mundial. O crescimento da população prisional brasileira, nos últimos anos, vai na contramão da reforma da política penal que vem sendo adotada em diversos países, sobretudo aqueles que mais encarceram. A título de comparação, entre 2008 e 2014, Estados Unidos, China e Rússia, as três nações com maior população prisional do mundo, reduziram sua taxa de aprisionamento, respectivamente, em 8%, 9% e 24. No mesmo período, o Brasil caminhou em sentido oposto, ampliando sua taxa de pessoas presas em 33%. O Levantamento indica, ainda, que enorme contingente desses presos e presas ainda aguardam julgamento de seus processos criminais, sendo que 41% da população prisional é formada por presos sem condenação. Buscando enfrentar esse quadro, o então Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo, e o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Enrique Ricardo Lewandowski, assinaram, em 9 de abril de 2015, três acordos de cooperação, voltados à promoção e definição de diretrizes para as políticas de alternativas penais, monitoração eletrônica e audiências de custódia. Os acordos de cooperação e as ações deles decorrentes indicam momento importantíssimo na construção de políticas penais no país, no qual Executivo e Judiciário assumem suas responsabilidades, de forma articulada, buscando fazer frente à cultura do encarceramento.

Assim, a assertiva apresentada visivelmente contraria o espírito dos convênios firmados pelo Ministério da Justiça e CNJ no âmbito da proteção e efetivação dos Direitos Humanos junto à população carcerária.

A assertiva II se mostra **correta** frente ao texto introdutório à questão apresentada, especialmente quando refere, no seu pórtico, que os acordos firmados têm por objetivo *facilitar a implantação do projeto Audiência de Custódia em todo o Brasil*, sendo possível depreender que tal afirmativa se refere aos dois temas abordados: penas alternativas e monitoramento eletrônico.

Por fim, a assertiva III também se mostra **correta**, pois reflete uma preocupação antiga tanto da produção intelectual<sup>19</sup> quanto do Ministério da Justiça sobre os efeitos negativos do cárcere, mormente quando se verifica que as penas privativas de liberdade apresentam, em comparação às penas alternativas, um alto índice de reincidência, conforme se observa do Relatório *Reincidência Criminal no Brasil*, produzido pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas em 2015 (disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>).

Assim, apresentadas tais assertivas no contexto da transcrição que inicia a Questão 15, adequado o gabarito apontado pela banca organizadora, adotando como correta a alternativa “D” (II e III, apenas).

<sup>19</sup> Neste sentido, conferir BITENCOURT, Cezar Roberto. *A falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995; DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1998.

### QUESTÃO 16

---

Um caso emblemático relacionado à Teoria da Perda de Uma Chance foi o episódio que envolveu a perda da chance do atleta brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, o qual tinha uma vantagem de 28 segundos na liderança da prova de Maratona nas olimpíadas de Atenas, quando foi interceptado dolosamente por um terceiro, que o agarrou e o levou ao chão. Em decorrência dessa interceptação, o atleta veio a perder colocações na prova, acabando em terceiro lugar, sem êxito no alcance do mais elevado degrau do pódio e da medalha de ouro.

Considerando a teoria mencionada e o caso descrito, assinale a opção correta.

- A. A Teoria da Perda de Uma Chance é um instituto anômalo criado pela doutrina civilista estrangeira, para o qual não há respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro.
- B. A doutrina civilista admite, em casos como o relatado, a condenação por danos emergentes e lucros cessantes, mas exclui o dano moral, por tratar-se de responsabilidade subjetiva.
- C. A aplicação da responsabilidade subjetiva, segundo a Teoria da Perda de Uma Chance, é pacífica, o que torna a comprovação da culpa do agente do ato ilícito requisito fundamental e afasta, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva.
- D. A Teoria da Perda de Uma Chance prevê a comprovação de evento certo e futuro para obtenção do ganho da causa, mediante a juntada de documento probatório e demais meios de provas que determinem a culpa do terceiro ou o agente causador do ato ilícito.
- E. A perda de uma chance se caracteriza quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitará um benefício futuro para a vítima, como deixar de recorrer de sentença desfavorável por falha do advogado.

**Gabarito: (E)**

**Autoras: Liane Tabarelli Zavascki e Victória Poli**

### COMENTÁRIOS

---

Vejamos as questões separadamente.

- A. *A Teoria da Perda de Uma Chance é um instituto anômalo criado pela doutrina civilista estrangeira, para o qual não há respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro.*

A Teoria da Perda de Uma Chance, instituto de origem francesa (“*la perte d’une chance*”), apesar de não estar positivada no Código Civil brasileiro, encontra respaldo na doutrina e é aplicada no âmbito dos Tribunais pátrios. Isso porque a cláusula geral de responsabilidade civil estabelecida no Código Civil brasileiro não apresenta restrições que se oponham à aplicação dessa teoria. Assim, ao contrário do mencionado na questão, essa teoria tem aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional desde que a chance perdida, da qual advém o prejuízo à vítima, não seja remota ou hipotética. Portanto, essa assertiva está incorreta. Nesse sentido:

Tendo por base o entendimento doutrinário e jurisprudencial, conclui-se que a aplicação da ‘teria da perda de uma chance’ ao atendimento do pleito indenizatório está adstrito aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito de responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.104.665 – RS. Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 09/06/2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4899173&num\\_registro=200802514571&data=20090804&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4899173&num_registro=200802514571&data=20090804&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jan. 2016.).

**B.** *A doutrina civilista admite, em casos como o relatado, a condenação por danos emergentes e lucros cessantes, mas exclui o dano moral, por tratar-se de responsabilidade subjetiva.*

Trata-se de alternativa falsa. Pelo Princípio da Reparação Integral, todo e qualquer prejuízo injustamente experimentado pelo lesado deve ser indenizado. Nessa linha, inclusive, tem-se o Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil:

[...]

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

**C.** *A aplicação da responsabilidade subjetiva, segundo a Teoria da Perda de Uma Chance, é pacífica, o que torna a comprovação da culpa do agente do ato ilícito requisito fundamental e afasta, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva.*

Alternativa errada. A Teoria da Perda de Uma Chance se alicerça em dois conceitos: dano e nexos causal. O dano é encarado como dano final (dano futuro), isto é, a perda da vantagem em si. Por outro lado, já que o ilícito do qual se originou a perda da chance não é causa única do dano final (sendo somente causa possível) fala-se em causalidade parcial. Assim: o ilícito é causa possível do dano final. Nesse sentido, veja-se julgado reconhecendo a responsabilidade objetiva de município em sede de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS FORMULADO PELA ESPOSA E PELO FILHO DE PESSOA QUE VEIO A ÓBITO [...] EM UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO DO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. RECURSO DO RÉU. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO**. PACIENTE DE 83 ANOS QUE PROCUROU ATENDIMENTO NA UPA COM FORTE DOR NO PEITO E QUE, APÓS A REALIZAÇÃO DE EXAMES, RE-

CEBEU ALTA. FALECIMENTO POR PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA DECORRENTE DE INFARTO AGUDO NO MIOCÁRDIO NO DIA SEGUINTE. PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL NO SENTIDO DE QUE HOUVE FALHA NO ATENDIMENTO PRESTADO AO PACIENTE, QUE DEVERIA TER FICADO INTERNADO EM OBSERVAÇÃO, TER SIDO SUBMETIDO A OUTROS EXAMES E MEDICADO. [...]. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, SEGUNDO A QUAL O DEVER DE INDENIZAR SE ORIGINA DA PERDA DA OPORTUNIDADE DE SE OBTER UMA VANTAGEM, NA HIPÓTESE, A PERDA DE UMA CHANCE DE RESULTADO FAVORÁVEL NO TRATAMENTO MÉDICO** [...]. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE SE MANTÉM. [grifou-se]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0018177-38.2011.8.19.0061*. Relator Desembargador Cesar Felipe Cury, Décima Primeira Câmara Cível, julgado em 26/08/2015. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/teoria-perda-chance.pdf?V1>>. Acesso em: 14 jan. 2016.).

- D.** *A Teoria da Perda de Uma Chance prevê a comprovação de evento certo e futuro para obtenção do ganho da causa, mediante a juntada de documento probatório e demais meios de provas que determinem a culpa do terceiro ou o agente causador do ato ilícito.*

Assertiva equivocada. Observe-se que, nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do Recurso Especial nº 1.291.247 – RJ (2011/0267279-8),

[...] a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. [...] Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade. [...] na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.291.247 – RJ (2011/0267279-8)*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35324840&num\\_registro=201102672798&data=20141001&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35324840&num_registro=201102672798&data=20141001&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jan. 2016.).

Ademais, na mesma oportunidade, o referido Ministro, no que se refere à juntada de documentação comprobatória em demandas dessa natureza, advertiu que

[...] não se exige [...] a prova da certeza do dano, mas a prova da certeza da chance perdida, ou seja, a certeza da probabilidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.291.247 – RJ (2011/0267279-8)*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35324840&num\\_registro=201102672798&data=20141001&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35324840&num_registro=201102672798&data=20141001&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jan. 2016.).

- E.** *A perda de uma chance se caracteriza quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como deixar de recorrer de sentença desfavorável por falha do advogado.*

A afirmativa procede, na medida em que o advogado que, por falha, deixa de recorrer de sentença desfavorável ao seu cliente causa-lhe dano indenizável. Isso porque, em virtude da conduta do causídico, “desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98). Nessa linha, “a indenização, por sua vez, deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*. [...] A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização” (Idem, p. 99, *itálico no original*).

### QUESTÃO 17

---

Apesar de pretender se ocupar exclusivamente de condutas especialmente graves, a lei penal, em virtude de seu caráter abstrato e generalíssimo, pode alcançar condutas praticamente insignificantes, a deslegitimar a intervenção penal, motivo pelo qual a doutrina sistematizou o que hoje conhecemos por princípio da insignificância.

QUEIROZ, P. S. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 (adaptado).

A respeito do princípio da insignificância, mencionado no texto, assinale a opção correta.

- A. A adoção desse princípio, no caso concreto, constitui um excluyente de ilicitude, pois, embora formalmente típica, a conduta não traduz uma lesão digna de tutela penal.
- B. A aplicação desse princípio produz fatos penalmente atípicos, desde que o comportamento resulte na ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.
- C. O fato típico, com o reconhecimento de sua insignificância, constitui violação relevante ao bem jurídico tutelado, merecedora da tutela penal.
- D. A configuração da tipicidade, de acordo com esse princípio, requer uma análise formalmente valorativa das circunstâncias do caso concreto.
- E. O reconhecimento desse princípio constitui critério de interpretação restritivo, com base na concepção material do tipo penal.

**Gabarito: (E)**

**Autora: Fernanda Corrêa Osório**

### COMENTÁRIOS

---

Para a análise da presente questão, importante trazer de pronto o conceito material de tipo penal. Para tanto, cita-se lição de Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 322):

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito pela lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido.<sup>20</sup>

Entretanto, ciente de que os tipos penais são conceitos abstratos, necessário criar mecanismos para que a seu alcance não abranja condutas que não afetem efetivamente os bens jurídicos que se busca tutelar. O juízo de tipicidade é ensejado através de uma concepção material que vislumbre no tipo algo dotado de verdadeiro conteúdo valorativo, ou seja, condutas que possam ser consideradas realmente proibidas, não somente por um aspecto formal. Dessa feita, a doutrina estabelece um conceito denominado “tipicidade conglobante”, o qual prevê não apenas uma natureza formal, mas também a denominada “antinormatividade”, bem como o elemento de natureza “material” da tipicidade.

Assim sendo, conquanto exista um conceito puramente formal de tipicidade, para atingir os objetivos concretos de proteção de bens jurídicos relevantes, buscado pela essência da legitimidade do uso do Direito Penal, necessário haver um conteúdo *material* de tipicidade. Esse conteúdo deve ser determinado através da verificação da existência de, no caso concreto, uma verdadeira violação dos usos e costumes sociais, gerando efetiva lesividade do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva. Para tanto, o princípio da insignificância foi formulado por Claus Roxin<sup>21</sup>, como critério, cujo objetivo é o de restringir o alcance da norma penal, incidindo esta somente quando da ocorrência de ofensividade relevante ao bem jurídico protegido.

Nos casos em que se configure a mínima ofensividade, o que perfaz inexpressividade do grau de lesão, há a incidência do princípio da insignificância, sendo afastada a tipicidade material da conduta.

Com o objetivo de elucidar o conceito formulado, colaciona-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO E DA MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA EM OUTROS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES REGULARMENTE INSTALADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. [...] 4. Comprovado que o paciente colocou em funcionamento rádio comunitária, de forma irregular, (a) com equipamentos de potência superior ao permitido para entidades exploradoras do serviço de radiodifusão comunitária e (b) capaz de interferir em outras atividades de telecomunicações, não há

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 1.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, 2002. p. 53.

espaço para a incidência do denominado princípio da insignificância, pois ausente os requisitos da inexpressividade da lesão jurídica e da mínima ofensividade da conduta. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC 119580, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 19-08-2014 PUBLIC 20-08-2014, grifei)

Outrossim, importante pontuar que tal postulado se distancia do princípio de adequação social, por não apresentar o critério de verificação de valoração social dada à conduta analisada no caso concreto, apresentando o princípio da insignificância caráter menos subjetivo.

### QUESTÃO 18

Embasada em estudos da estrutura do sistema de controle social, que envolve o surgimento das normas penais e o funcionamento do aparato repressivo do Estado em todos os níveis, a Criminologia de nosso tempo evidencia as estratégias ideológicas desse sistema, que produz e oferece uma representação que estão muito longe da realidade. Durante muito tempo, a Criminologia se ocupou com a tarefa de buscar explicação causal do comportamento delituoso, para prevenir o crime e readaptar socialmente o delinquente, tarefa na qual falhou por completo, servindo ao sistema sociopolítico e econômico dominante, sem questioná-lo. Por outro lado, os juristas se dedicaram à elaboração técnica do ordenamento jurídico, em suposta neutralidade diante da realidade social, contribuindo para a manutenção de uma ordem social profundamente injusta, desigual e opressiva, que se esconde em princípios de garantia, de liberdade e de justiça. Trata-se agora de ir ao fundo dos problemas. Criminólogos e juristas repelem o papel que o sistema lhes atribui. A postura moderna do jurista diante do ordenamento jurídico é essencialmente crítica, cumprindo-lhe denunciar a falsidade da ideologia que o sistema projeta. Ensinam os juristas que o sistema punitivo do Estado visa prevenir a criminalidade, protegendo certos valores essenciais da vida social, sem esquecer nunca as exigências fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana. O processo penal visa realizar a pretensão punitiva em face da ocorrência de um crime, mas, também garantir o direito de liberdade, protegendo o cidadão contra a ação arbitrária da autoridade e assegurando amplamente ao suspeito e ao acusado do direito de defesa. Os direitos de liberdade são direitos humanos. O processo penal, em consequência, é um instrumento de defesa de direitos humanos.

FRAGOSO, H. *Direitos Humanos e Justiça Criminal*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

Considerando o texto e as normas que disciplinam o sistema penal e processual penal no Brasil, avalie as afirmações a seguir.

- I. A realização do Direitos Humanos não deve ser preocupação do Direito Penal, cujo objetivo é prevenir a criminalidade e garantir a segurança social.
- II. A prisão preventiva não viola os Direitos Humanos, uma vez que não afronta o princípio da presunção de inocência.
- III. A paridade de armas no processo penal não impede que seja dada ao direito de defesa a tutela diferenciada em relação às prerrogativas da acusação.
- IV. O sistema acusatório tem como uma de suas características de destaque a iniciativa probatória nas mãos das partes, ou seja, a prevalência da inércia do juiz no campo da prova.

É correto apenas o que se afirma em

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

**Gabarito: (C)**

**Autor: Augusto Jobim do Amaral**

## COMENTÁRIOS

- I. A assertiva vai exatamente de encontro ao exposto no texto. O direito penal, entendido como um saber hábil a conter o poder punitivo e minimizar violências, tem como pedra de toque fundamental dotar de máxima eficácia os direitos humanos. Se quisermos dotar o poder punitivo de alguma finalidade de segurança social e prevenção da criminalidade (algo em que não cremos, mas em nada esta dissonância prejudica a resposta da questão que está atrelada ao texto do enunciado), isso não se dará a todo custo, muito menos sob o desrespeito aos direitos humanos, em especial na matéria penal, a dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira, o processo penal que, sobre o princípio da necessidade (donde não haverá pena sem crime, mas também não haverá pena nem a apuração delitiva senão através do processo), deve pautar-se não como máquina persecutória, mas como único meio a viabilizar a apuração de uma pretensão acusatória através das garantias de liberdade contra o arbítrio e o exercício da mais ampla defesa.
- II. A prisão preventiva, como uma das modalidades de prisões cautelares juntamente com a prisão temporária, na doutrina corrente é posta como válida constitucionalmente (em oposição ao que aparece no gabarito do presente exame) não violando a presunção de inocência. Trata-se, nesse viés, de prisão-processo de natureza cautelar, pronta a servir de instrumento para garantir a higidez do processo penal. Como pressupostos (art. 312, *in fini*) para sua decretação em qualquer fase processual (e mesmo antes dele instaurado), temos o “fato aparentemente criminoso” (*fumus comissi delicti*), quer dizer, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade criminal (existência do crime). Não obstante, também há alargada crítica com relação aos fundamentos previstos para sua decretação, ou seja, aquilo que estamparia o *periculum libertatis*, em especial “ordem pública” e “ordem econômica” que, para além de sua imprecisão e generalidade semânticas, são violadores do princípio da legalidade, pois flagrantemente carecem de natureza cautelar. Ainda estão previstos como fundamentos a “garantia da aplicação da lei penal” e a “conveniência da instrução criminal” (art. 312, 1ª parte). Assim, desconhece-se sistema processual penal em que esteja ausente alguma possibilidade de cerceamento de liberdade antes da sentença penal condenatória. Contudo, é de se enaltecer o posicionamento da banca examinadora no sentido de se posicionar conforme a afirmação de afrontamento ao princípio da presunção de inocência e a violação dos direitos humanos através do instituto da prisão preventiva. Em suma, deve-se pesar sobremaneira

a liberdade do acusado até a sentença penal transitada em julgado sobre quaisquer vicissitudes de prisão preventiva, sob pena de, ao não vê-la como ilegítima, reduzir a presunção de inocência à pura inutilidade (cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. pp. 549-561).

- III. A paridade de armas deve assegurar a plenitude de defesa, como respaldado pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, LV), na sua íntima correlação com o exercício do contraditório. Será através da *defesa técnica*, indisponível e indispensável (art. 5º, LXXIV, a art. 93, IX, da CRFB; arts. 216 e 217 do CPP), bem como da *defesa pessoal* (autodefesa) que sempre deve ser oportunizada, seja sob a forma da atuação efetiva do acusado/réu (art. 5º, LV e LXIII, da CRFB) e, sobremaneira, resguardada a possibilidade do exercício da defesa pessoal negativa (*nemo tenetur se detegere*). Ou seja, o direito de não produzir prova contra si (também chamado genericamente de “direito ao silêncio”, art. 5º, LXIII, e 8.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos), em ambas as dimensões do direito, a mais ampla defesa efetivará a proteção ao mais frágil da situação processual penal que é o réu, exposto aos aparatos estatais de persecução penal, em especial ao órgão da acusação pública. Assim, dá-se a tutela privilegiada em relação às prerrogativas da acusação. Tudo isso tendo em conta a pré-ocupação política sobre o estado de inocência (art. 5º, LVII) que deve fazer pesar a carga da prova sobre a acusação e a condenação apresentar-se como hipótese apenas quando há “prova para além da dúvida razoável”. Trata-se do Princípio derivado da jurisdicionalidade em defesa contra o arbítrio, preço necessário ao campo democrático (Cf. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 407-429).
- IV. De maneira geral, o sistema acusatório é marcado, para além da mera existência de partes processuais na distinção entre órgãos para acusar e julgar, pela gestão probatória a cargo das partes, quer dizer, o que ordena um princípio acusatório é a posição do juiz espectador da atividade probatória das partes, julgador terceiro e alheio ao labor investigativo, embora proativamente deva resguardar a máxima tutela dos direitos humanos no processo penal. Do contrário, estaríamos diante de um princípio inquisitivo, promotor de máquinas processuais penais analíticas de inesgotável curiosidade, vertidos na busca de uma autoritária verdade real em que o que valerá será o resultado, o que no campo probatório representa a mescla entre admissão e aquisição da prova, noutros termos, uma confusão entre as funções de acusar e julgar. Se a carga da prova recai sobre a acusação que tem o dever de suportar sua hipótese acusatória, ao juiz não cabe deslizar para tais tarefas instrutórias, nem na dúvida, sob pena de violar a imparcialidade que é princípio supremo do processo penal bem como a presunção de inocência (Idem, pp. 157-186).

### QUESTÃO 19

De acordo com André de Carvalho Ramos, o termo *vulneráveis* refere-se a vítimas de desigualdades, já o termo *minorias*, a vítimas de uma diferença cultural, religiosa ou étnica. Como os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis constituem-se em espécie de Direitos Humanos que, por tal, reclama a tutela penal, no plano internacional, o sistema de proteção desses direitos ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos.

RAMOS, A.C. *Processo Internacional de direitos humanos*.  
2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (adaptado).

Nesse sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.973/1996, estabelece:

Art. 7º:

Os Estados Membros condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

[...]

§ 3º Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.

Assim, para cumprir ao contido no §3º da norma supracitada, foi sancionada, no Brasil, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Pena.

Considerando os textos apresentados, avalie as afirmações a seguir.

- I. Nos casos de lesão corporal, são vedadas, aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Pena, a transação penal prevista na Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a suspensão condicional do processo.
- II. A prisão preventiva não poderá ser deferida em caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, caso o crime praticado pelo agressor tenha pena máxima em abstrato a ele cominada inferior a 4 (quatro) anos.
- III. As mulheres não podem ser consideradas pertencentes ao grupo de *vulneráveis* em sentido estrito porque não possuem os requisitos de natureza objetiva e subjetiva de tal grupo.

- IV. A violência doméstica ou familiar contra a mulher não tipificada como crime, mas pode configurar uma agravante genérica ou uma qualificadora.

É correto apenas o que se afirma em

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

**Gabarito: (B)**

**Autora: Fernanda Corrêa Osório**

## COMENTÁRIOS

A assertiva I está correta, tendo em vista, primeiramente, o afastamento da incidência da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em casos de violência doméstica e familiar. Tal previsão encontra-se taxativamente expressa no artigo 41 da Lei n. 11.340/06: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

A mudança prevista na lei se deu em razão da perspectiva adotada, visando justamente a prevenção, a erradicação e a punição da violência motivada pela discriminação de gênero e pela misoginia. O rito dos juizados especiais foi instituído para as infrações de menor potencial ofensivo, o que não se aplica à complexidade e à gravidade do tema abordado pela Lei Maria da Penha, a partir da perspectiva adotada quando da sua ratificação.

A alteração adotada foi resposta frente à condenação do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, sendo o Brasil responsabilizado pela negligência, omissão e tolerância com relação à violência contra a mulher, ao inobservar a ratificação e inclusão em seu ordenamento jurídico o tratado internacional da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Além disso, foi lançado mão de tais modificações tendo em vista a insatisfação com tratamento que vinha sendo dado na apreciação da matéria pelos Juizados Especiais Criminais. Nesse sentido, expõe Achutti (2014, p. 160):

Conforme Campos (2003, p. 162), ao classificar os casos de violência doméstica como delitos de menor potencial ofensivo, a Lei n. 9.099 retirou de tais situações a gravidade que as envolve. Na mesma esteira, Amaral (2007, p. 162) salienta que, além deste primeiro grande equívoco, a referida classificação ocasionou também a redução da importância da violência conjugal no contexto jurídico-penal brasileiro.

Tal situação conduziu a um discurso de confrontação e de crítica aos juizados, oriundo de setores do campo jurídico e do movimento de mulheres, “especialmente direcionado contra a chamada banalização da violência que por via deles estaria ocorrendo” (AZEVE-

DO, 2008, p. 125). Um dos pontos centrais da crítica envolvia o repúdio à prática cotidiana por parte dos operadores jurídicos (promotores e juízes) que, quando se deparavam com um caso que envolvia violência doméstica, em vez de incentivar o uso da mediação para buscar uma solução conciliatória para o caso, acabavam por propor e aplicar ao autor do fato a “medida alternativa” de *pagamento de cestas básicas* (AZEVEDO, 2008, p. 125).<sup>22</sup>

Da mesma forma, em casos de violência doméstica ou familiar, restam vedados os institutos despenalizadores como a transação penal e a suspensão condicional do processo, benefício contido no art. 89 da Lei n. 9.099, que prevê a proposta deste instituto pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, podendo ser suspenso do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Isso se dá justamente por força do art. 41 da Lei n. 11.340/2006. Ademais, em junho de 2015, o tema foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, não havendo mais dúvida acerca da aplicação ou não destes institutos nos casos em que incide a Lei Maria da Penha: “Súmula 536, STJ: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

Já a assertiva II é incorreta, tendo em vista a previsão expressa e taxativa do art. 20 da Lei Maria da Penha:

**Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor**, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Tal previsão se dá por conta do rol de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, a fim de evitar que a vítima de violência doméstica e familiar, cujo caráter normalmente é cíclico e sistemático, continue sofrendo violências baseadas na desigualdade de gênero. Ainda na intersecção sobre os temas aqui abordados (assertivas I e II), importante trazer passagem de contribuição de Fauzi Hassan Choukr, que integra a obra “Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista” (2011, p. 370), que elucida o tema:

Mas, se o tratamento do direito penal material era pouco condizente com os compromissos firmados no plano internacional, o direito processual penal tratou de transformar as potenciais situações de violência doméstica em “infrações de menor potencial ofensivo”, na medida em que a maior parte das condutas verificáveis no cotidiano se subsumiria a ameaças ou lesões corporais (leves) as quais redundavam na aplicação dos mecanismos transacionais sobre a pena (art. 76 da Lei n. 9.099/95) ou, residualmente, no desenvolvimento do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

Como decorrência sistêmica desse tratamento, inviabilizou-se por completo a incidência de medidas cautelares (ou precautelares) nessas hipóteses, como a própria prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva, dado que incompatíveis com a estrutura da “justiça pena consensual” nas hipóteses mais corriqueiras como lesão corporal ou ameaça. Tal quadro somente viria a ser alterado com a Lei Maria da Penha em especial com seus artigos 41 e 42.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>23</sup> CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen, 2011.

No que tange à assertiva III, também é incorreta pela própria concepção exposta inicialmente no enunciado da questão em comento: “o termo *vulneráveis* refere-se a vítimas de desigualdades”. Nesse viés, a fim de corroborar com o entendimento exarado, importa trazer o seguinte trecho extraído da obra supracitada, contida na contribuição “Da violência doméstica e familiar – artigo 5º”, de autoria de Fabiane Simioni e Rúbia Abs da Cruz (2011, p. 186), que ilustra mais minuciosamente a questão:

As diferenças (de classe, de gênero, de geração, de raça/etnia) entre os sujeitos foram apropriadas de um modo que o outro, o diferente da norma tornada hegemônica (diferente do modelo masculino tomado como o neutro) deve ser invisibilizado ou inferiorizado, tornando-se, desse modo, alvo preferencial de diferentes tipos de violências. No caso da violência contra as mulheres existem ingredientes que tornam essas conflitualidades ainda mais críticas. A relação afetivo-conjugal e a habitualidade das situações de violências tornam as mulheres ainda mais *vulneráveis* dentro sistema das desigualdades de gênero (CAMPOS, 2006: 2).<sup>24</sup>

Quanto à opção IV, resta correta, tendo em vista que não há uma previsão expressa trazida pela Lei n. 11.340/2006. O que podemos observar é que essa normativa, a partir do seu artigo 43, traz a modificação do artigo 61 do Código Penal, o qual dispõe sobre as circunstâncias genéricas que agravam a pena. Dessa forma, passou a vigorar a alínea *f* do inciso II com a previsão de agravamento da pena quando o crime for cometido “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

Ademais, o artigo 44 da Lei Maria da Penha traz a modificação da Parte Especial, Título I, Capítulo II, do Código Penal, passando a violência doméstica ou familiar a figurar como qualificadora do crime de lesão corporal, vigorando o artigo 129 com as seguintes alterações:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 11 Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Podemos assim concluir que não há uma previsão específica de tipicidade da conduta de violência doméstica ou familiar contra a mulher, mas sim a agravante genérica e a qualificadora supramencionadas. A Lei n 11.340/2006 trouxe a complexificação e a disposição de nova perspectiva para lidar com a violência motivada por questões de gênero, bem como métodos que visam a prevenção, erradicação e punição dessas violências, dispondo inclusive sobre o esclarecimento das formas que configuram as mais amplas facetas de vulnerabilização da mulher. Entretanto não dispõe sobre a tipificação de crime quando do cometimento de tais violências.

<sup>24</sup> Idem.

### QUESTÃO 20

---

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, em prejuízo da ação penal cabível.”

A respeito desse tema, avalie as afirmações a seguir.

- I. O servidor público condenado por improbidade administrativa porque beneficiou um amigo, tendo deixado, indevidamente, de praticar ato de ofício, deverá ressarcir o erário público, qualquer que tenha sido o ato.
- II. A ocorrência de lesão ao erário em virtude de ação ou omissão culposa é pré-requisito para que seja caracterizada a ocorrência de ato de improbidade administrativa.
- III. A responsabilidade do agente por ato de improbidade não afasta a responsabilidade criminal eventualmente cabível pelo mesmo fato.
- IV. A ação penal cabível aos atos de improbidade administrativa é a pública condicionada à representação.

É correto apenas o que se afirma em

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

**Gabarito: (A)**

**Autor: Wremir Scliar**

### COMENTÁRIO

---

A questão 20 de Direito Administrativo trata dos atos de improbidade administrativa e suas sanções inscritas no art. 37, § 4º. O dispositivo determina o seguinte: “Os atos de improbidade administrativa

importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

De outra parte, a Lei 8.429, de 2.6.1992, nos seus artigos 9º, 10 e 11, circunstancia os atos de improbidade, definindo-os, respectivamente, entre aqueles que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A proposição lançada na questão 20 divide-se em três, fundada no dispositivo constitucional. E o gabarito indica como correta a alternativa III, que afirma o seguinte: “A responsabilidade do agente por ato de improbidade não afasta a responsabilidade criminal eventualmente cabível pelo mesmo ato”.

Quanto às demais alternativas, podemos observar o que segue:

I – A primeira poderia estar correta (“ressarcir o erário público porque beneficiou um amigo”), mas falta-lhe explicitar a própria vantagem indevida.

II – A segunda é equivocada quanto à afirmação de que o ato de improbidade depende de ação ou omissão culposa.

IV – Finalmente, a última alternativa desliza para a ação penal cabível condicionada à representação. Ainda, a quarta alternativa é matéria de direito penal e não administrativa, fixamente centrada no condicionamento de ação penal.

A alternativa III indicada como correta pelo gabarito é correta, mas incompleta. Não permite ao candidato com conhecimentos mais amplos expor a sua avaliação no sentido de que três esferas registram concomitantemente os efeitos: penal, civil e administrativa. Isso tolhe o candidato que assimilou na cadeira de Direito Administrativo ensinamentos extensamente expostos de que essas esferas são independentes. A questão poderia ser mais precisa e mais ampla.

### QUESTÃO 21

---

A Administração Pública contratou, por meio de licitação pública, determinada empresa para a execução de uma obra de engenharia. Em virtude de sucessivos atrasos no pagamento, tornou-se inviável a conclusão da obra pela rescisão do contrato. Nova empresa foi contratada para a conclusão dos serviços, com dispensa de licitação.

Com base na situação apresentada, avalie as asserções a seguir e a relação proposta entre elas.

- I. A Administração Pública agiu equivocadamente, pois estaria obrigada, por força de lei, a proceder a nova licitação para conclusão da obra.

#### PORQUE

- II. A dispensa de licitação requer que seja observada a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa correta da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa correta 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: (D)**

**Autor: Wremir Scliar**

### COMENTÁRIO

---

A questão 21 tem sua objetividade nítida e explícita na formulação da proposição. Trata-se de rescisão amigável de contrato de obra de engenharia resultante de licitação. As razões do desfazimento do

pacto decorrem de sucessivos atrasos no pagamento, tornando inviável a conclusão da obra.

E no que interessa à análise, a proposição prossegue: “[...] Nova empresa foi contratada para a conclusão dos serviços, com dispensa de licitação”.

Ao examinado são propostas as alternativas I e II.

Na I, a Administração agiu equivocadamente, porque estaria obrigada à nova licitação.

Na II, afirma-se dispensável a licitação, observada a “ordem de classificação da licitação anterior e aceitar as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”.

A regência está consignada na Lei 8.666/1993, art. 24 (que trata das hipóteses de dispensabilidade da licitação), especificamente no seu inciso XI.

O gabarito indica como falsa a alternativa I e verdadeira a alternativa II.

Com efeito, ela se amolda ao texto legal referido

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação na licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

A alternativa II é virtual cópia do texto legal, sem a consignação de serviço ou fornecimento, porque alheios à proposição.

Nada a reparar.

Entretanto, a hipótese propositiva refere-se à RESILIÇÃO, enquanto a hipótese legal, no inciso XI, configura RESCISÃO CONTRATUAL. Ocorre que o art. 78 do estatuto licitatório e contratual configura as hipóteses de rescisão.

Segundo Marçal Justem Filho (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Rev. dos Tribunais, 11ª ed., p. 546), embora o art. 78 refira-se à rescisão por inadimplemento de uma das partes (no caso, a Administração Pública) “melhor seriam (os casos de rescisão) qualificadas como causas de resilição”. Acresce, ainda, o mestre na nota de rodapé 59, na mesma página: “Em termos técnicos, a expressão resilição é reservada para os casos em que a extinção do contrato se fundamenta no inadimplemento contratual”.

A proposição na questão 21 segue, ao usar o termo “resilição”, uma ortodoxia técnica, não adotada na lei, assim, a alternativa verdadeira é adaptada ao texto da lei, cujo termo, como se viu, é rescisão.

Há um preciosismo na formulação com o uso do termo *resilição* e não do termo *rescisão*, este de apropriação legal, mas essa especificidade não invalida a proposição nem a alternativa indicada.

### QUESTÃO 22

---

A.S.C propôs reclamação trabalhista, com base no artigo 7º da Constituição Federal, em face das reclamadas, Alfa S.A e Banco Beta S.A. Alegou que fora contratado pela atividade empresária Alfa S.A. para laborar na limpeza em benefício do Banco Beta S.A, tendo sido dispensado, sem justa causa, após três anos de prestação contínua de serviços. Alegou, ainda, que, passados onze meses da data da rescisão, não receberá qualquer verba rescisória, sequer o adicional noturno e plantões extras.

Na audiência de instrução e julgamento, a atividade empresária Banco Beta S.A. alegou ilegitimidade passiva por jamais ter havido qualquer relação empregatícia entre ela e o reclamante. Alfa S.A., regularmente citada, não foi representada na audiência, não tendo comparecido pessoa responsável pela atividade empresária.

Com base na situação descrita, avalie as afirmações a seguir.

- I. Não há relação de trabalho entre o Reclamante e o Banco Beta S.A. e, por conseguinte este não deve responder pela rescisão contratual.
- II. Deve ser declarada à revelia da atividade Alfa S.A., razão pela qual não poderá mais constar nos autos como Reclamada.
- III. As atividades empresárias Alfa S.A. e Banco Beta S.A. respondem subsidiariamente por todas as verbas trabalhistas devidas ao Reclamante.

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)**

**Autor: Gilberto Stürmer**

## COMENTÁRIOS

A.S.C prestou serviços como empregado para Alfa, trabalhando como terceirizado em atividade de limpeza no Banco Beta.

Foi dispensado sem justa causa após três anos de serviços para o tomador, Banco Beta. Logo, tem-se o seguinte sobre as alternativas:

- I. *Não há relação de trabalho entre o reclamante e o Banco Beta e, por conseguinte, este não deve responder pela rescisão contratual.*

Nos termos do item III da Súmula 331 do TST, não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de conservação e limpeza, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. No item IV da mesma Súmula, o TST refere que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (Alfa) implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual, o que é o caso. Por essas razões, a afirmação está ERRADA.

- II. *Deve ser declarada a revelia da atividade Alfa, razão pela qual não poderá mais constar nos autores como reclamada.*

A revelia deve ser declarada em sentença, com a condenação da Alfa em relação aos pedidos da inicial e, por consequência, participação no título executivo judicial (art. 844 da CLT). Não encontrada ou sem possibilidade de pagar, a execução segue contra a tomadora Beta. Por essas razões, a afirmação está ERRADA.

- III. *As atividades empresárias Alfa e Banco Beta respondem subsidiariamente por todas as verbas trabalhistas devidas ao reclamante.*

No item IV da Súmula 331, o TST refere que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (Alfa) implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual, o que é o caso. Por essas razões, a afirmação está CORRETA.

Assim, a alternativa “B” é a correta da questão, conforme o gabarito.

### QUESTÃO 23

---

As empresas devem manter o controle sobre as atitudes de seus funcionários, principalmente em relação aos que têm cargos diretivos. Assim entendeu a 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho ao condenar, por unanimidade, determinada instituição bancária por danos morais coletivos. A decisão foi embasada nos vários casos de assédio observados dentro da instituição e manteve multa de R\$ 600 mil, que deveria ser paga ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

O processo contra o banco foi movido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), após o recebimento de denúncia referente ao comportamento abusivo de uma gerente de uma de suas unidades. Na ação, o MPT afirmou que o problema era abrangente, alcançando diversas unidades pelo país e que o banco não estaria adotando providências eficazes para combatê-lo.

Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 20 jul. 2015 (adaptado).

A situação descrita refere-se a que instrumento processual movido pelo Ministério Público do Trabalho contra a instituição bancária?

- A. *Habeas data*.
- B. Ação civil pública.
- C. Ação de indenização.
- D. Mandado de segurança.
- E. Termo de ajuste de conduta.

**Gabarito: (B)**

**Autor: Maurício de Carvalho Góes**

### COMENTÁRIOS

---

No caso em questão, a resposta correta é a da alternativa B, qual seja, ação civil pública. Pelo enunciado fático, nos termos do artigo 1º, IV, e do artigo 3º, da Lei 7.347/1985, o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação civil pública contra uma empresa, em casos em que haja desrespeito aos princípios fundamentais ou aos direitos fundamentais sociais, em relação aos direitos

coletivos ou transindividuais. A situação de fato envolve questão atinente à dignidade dos trabalhadores, o que transcende o interesse individual, pois, no caso, o dano praticado contra um grupo de trabalhadores de uma empresa representa, também, um dano à coletividade.

Não se trata de *habeas data*, pois não se verifica a necessidade de liberação ou fornecimento de documento público ou informação pública. Não é caso de ação de indenização, pois pressupõe a indenização individual na forma de ação de reparação, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Não se trata de mandado de segurança, pois não é o caso de um ato praticado por uma autoridade coatora que viole direito líquido e certo. Por fim, não se trata de termo de ajuste de conduta – TAC, uma vez que essa figura representa a transação que é feita entre um Investigado e o Ministério Público do Trabalho, em âmbito de Inquérito Civil Público. Contudo, no caso da questão, resta evidente que não houve celebração de TAC, pois o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, o que mostra que o acordo restou inexitoso.

### QUESTÃO 24

Há diversos acordos e tratados internacionais que abordam a questão do trabalho escravo, como as convenções internacionais de 1926 e a de 1956, que proíbem a servidão por dívida. No Brasil, somente em 1966 essas convenções entraram em vigor e foram incorporadas à legislação nacional. A organização Internacional do Trabalho (OIT) trata do tema nas convenções nº 29, de 1930, e nº 105, 1957. Há também a declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu Seguimento, de 1998. De acordo com o relatório da OIT de 2001, o trabalho forçado no mundo tem duas características em comum: o uso da coação e a negação da liberdade. No Brasil, o trabalho escravo resulta da soma do trabalho degradante com a privação de liberdade. Além de o trabalhador ficar atrelado a uma dívida, seus documentos são retidos e, nas áreas rurais, ele normalmente fica em local geograficamente isolado. Nota-se que o conceito de trabalho escravo é universal e todo o mundo sabe o que é escravidão.

CAMARCO, O. *Trabalho escravo na atualidade*. Disponível em: <[www.brasileescola.com.br](http://www.brasileescola.com.br)>. Acesso em: 26 jul. 2015 (adaptado).

Considerando o tema abordado e o contexto em que se inserem os direitos humanos, avalie as informações a seguir.

- I. O trabalho escravo consiste em reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.
- II. De acordo com o texto supracitado, a condição análoga à de escravo é caracterizada pelo trabalho em condições degradantes.
- III. No Brasil, os tratados internacionais relativos aos direitos humanos, quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

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: (C)**

**Autora: Sonilde Kugel Lazzarin**

## COMENTÁRIOS

---

A resposta correta é a letra C.

A primeira assertiva reproduz praticamente a redação do disposto no próprio Artigo 149 do Código Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003:

Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

A segunda não está correta, na medida em que define parcialmente a condição análoga à de escravo, conforme os institutos normativos brasileiros em vigor. O item III, por sua vez, expressa exatamente norma incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no §3º, segundo o qual

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.

### QUESTÃO 25

---

Em 2005, o Brasil editou a Lei de recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005). Antes disso, havia, no país, a concordata, que não permitia que credores e devedores negociassem livremente os termos de um acordo para o pagamento das dívidas – o que, na prática, raramente evitava que empresas fossem à falência. Considerando só o número de empresas em crise que pedem a proteção dessa lei, ela pode ser considerada um sucesso. Somente em 2013, foram 675 casos, um recorde.

Disponível em: <http://exame.abril.com.br>. Acesso em: 26.2015 (adaptado).

Em relação a esse tema e à luz da legislação pertinentes, assinale a opção correta.

- A.** Os créditos de natureza trabalhista decorrentes de acidente de trabalho não podem ser incluídos no plano de recuperação extrajudicial.
- B.** A decisão que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo extrajudicial, podendo ser questionada por meio do recurso de apelação.
- C.** A decisão que rejeitar as contas do administrador judicial, na fase de encerramento da falência e extinção das obrigações do falido, fixará as responsabilidades do administrador, podendo ser questionada por meio de agravo de instrumento.
- D.** A recuperação judicial tem importância no contexto nacional por permitir uma reorganização financeira da situação de crise do devedor com o intuito de promover a preservação da empresa e, com isso, manter sua função social e o estímulo à atividade econômica.
- E.** As empresas de pequeno porte e as microempresas não podem ser beneficiadas pelo instituto da recuperação judicial, visto que o intuito do legislador ao normatizar a recuperação judicial foi auxiliar as atividades de médio e grande porte financeiro-econômico que mais interferem na economia do país.

**Gabarito: (D)**

**Autora: Ana Cláudia Redecker**

## COMENTÁRIOS

Esta questão deve ser anulada, pois há duas alternativas corretas, letra (A) e letra (B), conforme se depreende da análise a seguir.

- A.** *Os créditos de natureza trabalhista decorrentes de acidente de trabalho não podem ser incluídos no plano de recuperação extrajudicial.*

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 161, da Lei 11.101/05, esta assertiva é **correta**, *in verbis*:

Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de crédito de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, parágrafo 3º, e 86, inciso II do caput desta Lei.

- B.** *A decisão que conceder a recuperação extrajudicial, podendo ser questionada por meio do recurso de apelação.*

Esta assertiva está **correta**, conforme disposto no § 7º do Art. 164 da Lei 11.101/05:

Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo.

[...]

§ 5º Decorrido o prazo do § 4º deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição.

[...]

**§ 7º Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo.**

- C.** *A decisão que rejeitar as contas do administrador judicial, na fase de encerramento da falência e extinção das obrigações do falido, fixará as responsabilidades do administrador podendo ser questionada por meio de agravo de instrumento.*

Esta alternativa é **incorreta**, pois de acordo com o § 6º do Art. 154, da sentença que julgar as responsabilidades do administrador cabe apelação.

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º As contas, acompanhadas dos documentos comprobatórios, serão prestadas em autos apartados que, ao final, serão apensados aos autos da falência.

§ 2º O juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

§ 4º Cumpridas as providências previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo, o juiz julgará as contas por sentença.

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

**§ 6º Da sentença cabe apelação.**

- D.** *A recuperação judicial tem importância no contexto nacional por permitir uma reorganização financeira da situação de crise do devedor com o intuito de promover a preservação da empresa e, com isso, manter sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

Esta foi a alternativa que constou no gabarito fornecido pelo Enade. É **correta**, pois está em consonância com o disposto no artigo 47 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, Marcelo Papaléo de Souza<sup>25</sup> dispõe que a conservação da atividade não é mais considerada como um meio de preservação dos interesses dos credores (diríamos interesses particulares), mas sim como uma solução da crise econômica e preservação da empresa em dificuldade, gerando benefício a todos os envolvidos, inclusive à sociedade. Não se parte do objetivo de liquidar para repartir, mas de conservar para salvar e ter melhores resultados para todos.

- E.** *As empresas de pequeno porte e as microempresas não podem ser beneficiadas pelo instituto da recuperação judicial, visto que o intuito do legislador ao normatizar a recuperação judicial foi auxiliar as atividades de médio e grande porte financeiro-econômico que mais interferem na economia do país.*

Esta foi a alternativa é **incorreta**, porque não há qualquer restrição para que as empresas de pequeno porte e as microempresas possam se valer do instituto da recuperação judicial. Inclusive há previsão expressa de um Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (artigos 70 a 72 da Lei 11.101/05).

Nesse sentido, leciona Gladston Mamede<sup>26</sup>:

A Lei 11.101/05 não descuidou da orientação constitucional e, nos artigos 70 a 72, trouxe regras específicas para o plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, sejam empresários (firmas individuais), sejam sociedades empresárias (firmas sociais). A tais devedores é permitido apresentar plano especial de recuperação judicial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição

<sup>25</sup> SOUZA, Marcelo Papaléo. *A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

<sup>26</sup> MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 250. v. 4.

inicial da ação recuperatória. Não se trata, portanto, de uma obrigação, mas de uma faculdade: o empresário ou sociedade empresária que estejam devidamente registrados como microempresa ou empresa de pequeno porte podem optar pelo regime ordinário de recuperação ou pelo regime especial, opção esta que deverá ser feita na abertura do procedimento judicial, mais especificamente na petição inicial. Mais: quando o artigo 70, § 1º, da Lei 11.101/05 diz desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial deixa claro que a regra geral, mesmo para micro e empresas de pequeno porte é o regime ordinário de recuperação judicial, devendo haver expressa opção, na petição inicial, pelo regime especial. A simples condição de microempresas e empresas de pequeno porte não faz presumir que a recuperação judicial se fará por meio de plano especial, com o perdão da necessária reiteração.

### QUESTÃO 26

---

Um comerciante recebeu uma notificação da prefeitura municipal em razão do não pagamento de uma taxa de renovação de licença de estabelecimento. Entretanto, nenhum órgão municipal dirigiu-se ao estabelecimento do aludido comerciante, tendo sido a cobrança de tal taxa de licença realizada de forma automática. Em razão disso, foi requerida administrativamente a anulação do crédito tributário, ao argumento de que não houvera efetiva ação pública que justificasse a cobrança.

Nesse caso, qual seria a decisão correta a ser tomada pelo órgão administrativo competente?

- A. Deferir o pedido formulado pelo comerciante, pois houve prestação de serviço específico e divisível.
- B. Indeferir o pedido formulado pelo comerciante, pois a cobrança de taxas não exige prestação de serviço ou exercício do poder de polícia.
- C. Deferir o pedido formulado pelo comerciante, pois não houve o exercício regular do poder de polícia de modo efetivo.
- D. Indeferir o pedido formulado pelo comerciante, pois a prefeitura não possui poder jurisdicional para decidir sobre requerimento administrativo.
- E. Indeferir o pedido formulado pelo comerciante pois não existe possibilidade de anulação administrativa de lançamento de crédito tributário.

**Gabarito: (C)**

**Autor: Fábio Canazaro**

### COMENTÁRIOS

---

A Questão 26 da prova do Enade envolve interpretação de texto referente a um problema de Direito Tributário, da disciplina das Taxas, bem como a (disciplina) inerente à constituição do crédito tributário e à própria Administração.

Trata-se de uma pessoa jurídica notificada por não ter pago uma taxa para a renovação da licença de seu estabelecimento. Na hipótese, o contribuinte se resignou contra a notificação, por entender que tal não poderia se dar “de forma automática”. Diante disso houve a formulação de pedido administrativo de anulação do crédito tributário, sob o argumento de ausência efetiva da ação pública justificadora da cobrança de taxa.

Em relação às assertivas, ainda que se trate de questão de Direito Tributário, existe ao menos uma alternativa que se revela completamente antagônica (entre o resultado e o argumento utilizado para tanto).

Na assertiva A, fala-se em deferimento do pedido em face da prestação do serviço. Houve de fato a prestação, e o argumento do contribuinte foi contrário, o pedido deveria ter sido indeferido (e não deferido). Logo, essa questão não é a que deve ser marcada.

Já, na assertiva B, a questão é quase idêntica. Como se sabe (CF/88, art. 145, II, doutrina e jurisprudência), a cobrança de taxas exige prestação de serviço, ainda que *posto à disposição do contribuinte* ou o exercício do poder de polícia. Logo, há erro na afirmação. Seria caso de indeferimento do pedido do contribuinte? Não. A cobrança de taxas se justifica em face da prestação de serviço público ou em razão do exercício do poder de polícia; logo, se tal, de fato ocorreu, justifica-se a cobrança da taxa.

A assertiva C parece a mais apropriada: o pedido deve ser deferido, já que não houve o exercício do poder de polícia. Isso quer dizer que, de fato, a taxa seria legal se na hipótese a Administração tivesse fiscalizado o estabelecimento (ainda que de forma distante), deferindo a renovação da licença; na hipótese, houve a renovação, mas de forma automática, sem a ação da fiscalização administrativa. Essa é a alternativa a ser marcada.

Em relação à assertiva D, há, novamente, equívoco, pois as prefeituras têm capacidade para examinar e decidir nos casos de processo administrativo tributário, inerente à cobrança/exigência de taxas municipais.

Finalmente, a assertiva E incorre no mesmo erro: existe sim a possibilidade de anulação administrativa de lançamento; a Administração pode rever seus atos e cancelá-los. Assim ocorre nas esferas da administração que apreciam questões tributárias (impugnações, recursos etc.).

### QUESTÃO 27

A lei reconhece a pessoa jurídica como um importante instrumento para o exercício da atividade empresarial, não a transformando, porém, em um dogma inatacável. A personalidade jurídica das sociedades deve ser usada para os propósitos legítimos e não deve ser pervertida. Todavia, caso tais propósitos sejam desvirtuados, não se pode fazer prevalecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros. A desconsideração é, pois, a forma de se adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de se limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, ou seja, é forma de se reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades.

TOMAZETTE, M. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas. 2008 (adaptado)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 28 DO CDC. SÚMULA 7/STJ. 1. A recorrente busca a desconsideração da personalidade jurídica, em virtude de a recorrida não mais exercer as atividades no endereço fornecido na inicial. 2. O art. 28 do CDC dispõe que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, no âmbito das relações consumeristas, se efetivará: a) quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social; b) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração; c) sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 30 jul.2015 (adaptado)

Considerando os textos apresentados, avalie as afirmações a seguir.

- I. O Código de Defesa do Consumidor foi instituído com o objetivo de normatizar questões sobre a relação de consumo para inibir o abuso de direito ou o excesso de poder por parte da atividade empresária, permitindo a sua desconsideração. A mudança de endereço ou o encerramento das atividades não constituem, conforme o acórdão, requisitos para tal ato.
- II. O acórdão está coerente com a posição doutrinária, pois não se pode desconsiderar de imediato a pessoa jurídica sem antes verificar os pressupostos normativos para tanto, adequando-os aos aspectos práticos.
- III. A presença dos requisitos legais é suficiente para que se requeira a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que a empresa possua patrimônio.

É correto o que se afirma em

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

**Gabarito: (C)**

**Autora: Ana Cláudia Redecker**

## COMENTÁRIO 1

*I. O Código de Defesa do Consumidor foi instituído com o objetivo de normatizar questões sobre a relação de consumo para inibir o abuso de direito ou o excesso de poder por parte da atividade empresarial, permitindo a sua desconsideração. A mudança de endereço ou o encerramento das atividades não constituem, conforme o acórdão, requisitos para tal ato.*

A assertiva é **correta**, conforme o acórdão e a legislação vigente. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) manda aplicar a desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação do estatuto ou contrato, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade, grupo societário e consórcio. E, ainda, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sempre que esta possa representar um obstáculo ao ressarcimento do credor.

Segundo José Edwaldo Tavares Borba (in *Direito Societário*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 38),

o CDC, além de misturar vários institutos (teorias da desconsideração, do abuso de poder, da solidariedade e da responsabilidade pessoal dos administradores por atos contrários à lei ou aos estatutos) ainda decretou, com vistas ao interesse do consumidor, o fim da teoria da personalidade jurídica.

O STJ, visando pacificar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, proclamou que a personalidade somente pode ser desconsiderada em casos excepcionais, nos quais o abuso da personalidade tiver ficado perfeitamente caracterizado, atingindo-se apenas os que tiverem pessoalmente contribuído para a materialização do abuso.

Face ao que antecede, é correta a assertiva ao afirmar que a mudança de endereço ou o encerramento das atividades não constituem requisitos para tal ato.

*II. O acórdão está coerente com a posição doutrinária, pois não se pode desconsiderar de imediato a pessoa jurídica sem antes verificar os pressupostos normativos para tanto, adequando-os aos aspectos práticos.*

Esta assertiva é **correta**, conforme o acórdão e a legislação vigente, pois devem ser observados os pressupostos clássicos do instituto contidos no artigo 50 do Código Civil (CC), que são o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial para que possa aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Dessa forma a regra que decorre da personalização é a da absoluta separação dos patrimônios, somente

se admitindo superá-la (art. 50, CC) quando houver ruptura manifesta entre a realidade e a forma jurídica<sup>27</sup>.

*III. A presença dos requisitos legais é suficiente para que se requeira a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que a empresa possua patrimônio.*

A assertiva é **incorreta** porque, apesar de o artigo 50 do CC não referir expressamente, a ausência de patrimônio para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica se impõe em decorrência das características do instituto da personalidade jurídica e dos tipos societários em vigência no nosso ordenamento jurídico.

A pessoa jurídica é a unidade jurídica, resultante da associação humana, constituída para obter, pelos meios patrimoniais, um ou mais fins, sendo distinta dos indivíduos singulares e dotada da capacidade de possuir e de exercer contra terceiros direitos patrimoniais. Assim, um dos efeitos da aquisição da personalidade jurídica consiste na aquisição de um patrimônio próprio, distinto do de seus sócios. É esse patrimônio que se sujeita **primariamente** a responder pelas dívidas assumidas pela pessoa jurídica<sup>28</sup>.

A jurisprudência corrobora que é necessária a comprovação da inexistência de patrimônio livre da pessoa jurídica para possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, transcrevem-se alguns julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS PRESENTES. Possível a desconsideração da personalidade jurídica quando comprovado nos autos o encerramento das atividades da executada nos endereços em que estava instalada, sem o pagamento dos seus credores, bem como a inexistência de patrimônio livre de quaisquer ônus a possibilitar o pagamento do crédito executado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento nº 70066864315, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 26/11/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. Vigorando no ordenamento jurídico pátrio a regra da separação dos bens dos sócios em relação ao patrimônio da pessoa jurídica, somente em caráter excepcional se admite o redirecionamento do feito. Assim, evidenciado nos autos que a parte credora não diligenciou sobre a existência de bens em nome da sociedade empresária devedora, o indeferimento do pedido de redirecionamento da execução é medida impositiva. Precedentes jurisprudenciais. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70066612912, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 21/09/2015)

## COMENTÁRIO 2

**Gabarito: (C)**

**Autores: Felipe Kirchner, Thaís Gazolla e Victória Anicet**

Inicialmente, destaca-se que a questão versa sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, regulada no direito brasileiro pelo artigo 50 do Código Civil e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>27</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

<sup>28</sup> Nesse sentido NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264 e 265.

A pessoa jurídica criada regularmente (personificada) possui personalidade jurídica distinta dos membros que a compõem, o que visa o resguardo do patrimônio pessoal destes. Assim, nas relações jurídicas entabuladas pela pessoa jurídica será ela a responsável pelo adimplemento, surgindo a personalidade jurídica como um escudo protetivo do patrimônio dos sócios.

Contudo, não são raras as hipóteses em que a pessoa jurídica é utilizada pelos seus membros para a prática de atos fraudulentos e abusivos, surgindo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica como forma de coibir estas ações e permitir o ressarcimento das vítimas de atos lesivos, por meio da responsabilização do patrimônio dos sócios.

Tecnicamente pode-se conceituar a desconsideração da personalidade jurídica como sendo o ato judicial<sup>29</sup> que vincula os bens dos sócios<sup>30</sup> para a satisfação das dívidas da pessoa jurídica,<sup>31</sup> sem afetar a existência e a constituição desta. Trata-se, portanto, de uma suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo, diferenciando-se das figuras da *despersonalização* ou *despersonificação*, que diz com a dissolução do ente; e com a teoria da *ultra vires societatis*, a qual se refere à nulidade de atos praticados fora dos limites do contrato social.

No sistema jurídico nacional existem duas teorias que conformam o instituto. A *teoria maior*, prevista no artigo 50 do Código Civil e utilizada como regra geral, exige a demonstração da inadimplência e da fraude ou abuso de direito.<sup>32</sup> Este paradigma teórico divide-se em uma vertente subjetiva, a qual exige a má-fé dos sócios como um terceiro elemento, e objetiva, que não exige comprovação deste elemento anímico, sendo este o paradigma utilizado majoritariamente. Já a *teoria menor*,<sup>33</sup> prevista no artigo 28, § 5º, do CDC, e utilizada também nas relações ambientais e trabalhistas, exige unicamente a inadimplência.<sup>34</sup> Perceba-se que as duas exigem a simples demonstração da inadimplência como requisito, não se exigindo prova da insolvência ou situação falimentar do ente jurídico.

Finalizando esta parte introdutória, destacam-se outras formas de desconsideração. A chamada *desconsideração inversa*<sup>35</sup> é o ato judicial que responsabiliza a pessoa jurídica por dívida de sócio que a utilizou para ocultar ou desviar bens pessoais com prejuízo a terceiro.<sup>36</sup> Já a *desconsideração indireta* é o ato judicial que responsabiliza a pessoa jurídica controladora que utiliza de entre controlado, coligado ou subsidiário para praticar ato fraudulento ou abusivo. Por fim, a *desconsideração expansiva* trata de atingir o patrimônio de sócio

<sup>29</sup> É discutível a possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, havendo doutrina que admite em hipóteses excepcionais, tais como o impedimento de participação em licitação de pessoa jurídica constituída por membros de pessoa jurídica penalizada em certame anterior, visando impedir a criação de novo ente para burlar a pena.

<sup>30</sup> Importante frisar a existência de alguns parâmetros limitadores na aplicação do instituto. Acerca da limitação da afetação patrimonial ao poder de administração, verifica-se divergência doutrinária e jurisprudencial, podendo-se apontar entendimento majoritário no sentido de que existe afetação apenas aos sócios que praticaram o ato irregular ou que detenham poder de administração, sem descuidar de posicionamentos que permitem a incidência para todos os sócios (abrangendo inclusive aqueles que apenas figuram formalmente no contrato social, sem terem praticado qualquer ato efetivo de gestão). Ademais, existe posicionamento consolidado quando a inexistência de limitação à cota social, havendo responsabilização do sócio para o pagamento de toda a dívida (a cota social passa a ser relevante em posterior discussão acerca do direito de regresso).

<sup>31</sup> Em regra, não cabe o reconhecimento de ofício da desconsideração, sendo possível, contudo, que a própria pessoa jurídica invoque em seu favor a aplicação do instituto.

<sup>32</sup> De forma não exaustiva, destaca-se que a jurisprudência tem reconhecido a existência de fraude ou abuso de direito nas seguintes situações: (i) desvio da finalidade social; (ii) confusão patrimonial entre sócios e pessoa jurídica; (iii) dissolução irregular; (iv) não integralização das quotas sociais.

<sup>33</sup> Destaca-se o *leading case* onde reconhecida a convivência dos paradigmas teóricos: REsp 279.273/Andrighi.

<sup>34</sup> A previsão da teoria menor, que permite a afetação do patrimônio dos sócios mediante a simples inadimplência, é criticada por parte da doutrina, mormente pelos pensadores do direito empresarial, sob o argumento de que sua aplicação acaba destruindo o princípio da separação patrimonial. Contudo, esta crítica surge como vazia de sentido quando percebido que a esta vertente teórica se aplica em casos excepcionais (não é a regra geral) e em subsistemas protetivos (fundados na igualdade material), marcados tanto pela desigualdade entre as partes que compõe a relação jurídica (v.g. consumidores e fornecedores; empregados e empregadores) quanto pela fundamentalidade do bem jurídico protegido (ex. meio ambiente). Principalmente no âmbito consumerista, a ideia que fundamenta a teoria é a de que o risco empresarial não pode ser suportado pela parte vulnerável (consumidor), devendo ser assumido pelos sócios (eis que estes, juntamente com a pessoa jurídica, têm mais condições de socializar o prejuízo, repassando o valor pago aos seus futuros consumidores), ainda que demonstrem conduta proba (sem culpa ou dolo).

<sup>35</sup> Destaca-se o seguinte julgado paradigma: REsp 948.117/Andrighi.

<sup>36</sup> Esta vertente tem destacada aplicação no âmbito do direito de família, servindo para coibir a prática do devedor/separando/alimentante que adquire bem e registra em nome da pessoa jurídica para ilidir o pagamento e fraudar seu credor.

oculto ou outra pessoa jurídica por dívida de ente abstrato devedor com o qual não tem liame jurídico formal.<sup>37</sup>

Feitas essas considerações teóricas acerca do instituto da desconsideração, passa-se à análise da questão que inicia apresentando dois textos.

O primeiro, excerto doutrinário de Marlon Tomazette, salienta tanto a importância do instituto da desconsideração na correção de desvios e abusos na condução da pessoa jurídica quanto a inexistência de prevalência do dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros no direito brasileiro.

O segundo se trata de julgado em que o recorrente requereu a incidência do instituto da desconsideração pelo fato da pessoa jurídica devedora não mais exercer as atividades no endereço fornecido na inicial.

Na ementa apresentada, o STJ entendeu que a desconsideração da personalidade jurídica somente é possível no âmbito das relações consumeristas quando houver: (1) abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (*caput* do artigo 28); (2) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração (*caput* do artigo 28); (3) obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores em razão da personalidade jurídica (artigo 28, § 5º).

Assim, a questão pede a avaliação de três assertivas “*considerando os textos apresentados*”, razão pela qual o juízo de correção de cada afirmação deve ser realizado tendo em vista a interpretação dos excertos colacionados, não se perquirindo acerca da correção destes perante a lei ou a doutrina que tratam da desconsideração da personalidade jurídica,<sup>38</sup> embora estes elementos (lei e doutrina) devam ser observados para a correta valoração das assertivas.

A assertiva I deve ser analisada em viés crítico. O gabarito preliminar elenca a correção da afirmativa, certamente galgado no entendimento de que a “mudança de endereço” mencionada pelo recorrente não consta no rol dos requisitos legais para a desconsideração. Contudo, uma análise mais acurada pode indicar a incorreção dessa assertiva, pois ao lado da “mudança de endereço” resta afirmado que o acórdão não entende que o “encerramento das atividades” se constitua em requisito para a desconsideração, quando na ementa apresentada expressamente consta o “encerramento ou inatividade da pessoa jurídica” como causa para a aplicação do instituto.

Deve-se atentar para o fato de que no julgado apresentado houve o desprovimento do recurso apenas porque o recorrente não comprovou os requisitos legais,<sup>39</sup> eis que a parte alegou a desconsideração apenas pelo fato da pessoa jurídica devedora não mais exercer as atividades no endereço fornecido na inicial. Contudo, o acórdão em nenhum momento afirma que o encerramento das atividades não se constitui em requisito para a desconsideração, mas apenas que o recorrente não logrou êxito em comprovar essa situação, como mencionado. Dessa feita, discordando do gabarito preliminar, entende-se pela incorreção da assertiva I quando esta afirma que “o encerramento das atividades não constitui, conforme o acórdão, requisito para tal ato”.

A assertiva II está correta, pois efetivamente os textos concordam que é necessária a adequação entre os requisitos legais e o caso concreto para que seja efetivamente desconsiderada a personalidade jurídica de um determinado ente.

Por fim, a assertiva III está incorreta, pois a inadimplência é requisito elementar da aplicação do instituto em exame. Havendo patrimônio da pessoa jurídica, não há falar em desconsideração de sua personalidade jurídica, pois não existiria necessidade prática em afetar o patrimônio dos membros que constituem o ente jurídico.

<sup>37</sup> Como exemplo dessa situação menciona-se o caso de Pessoa Jurídica “A”, dissolvida irregularmente, e que em seu estabelecimento funciona a Pessoa Jurídica “B”, constituída pelos mesmos sócios e explorando a mesma atividade empresarial.

<sup>38</sup> Em especial, a decisão do STJ poderia ser criticada em razão de não diferenciar a teoria maior prevista no *caput* do artigo 28, da teoria menor, prevista no parágrafo 5º deste dispositivo, o que se trata da grande inovação do *códex* consumerista, com relação a regra geral do artigo 50 do Código Civil.

<sup>39</sup> Forte na seguinte menção: “não demonstração da presença dos requisitos previstos no art. 28 do CDC”.

## REFERÊNCIAS

---

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013. V. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2013.

### QUESTÃO 28

Os direitos do homem nasceram, no discurso político moderno, como um pressuposto necessário para a autonomia dos particulares em face do Estado demarcado por governos absolutistas em uma Europa em fase de expansão capitalista. A ideologia liberal moderna, incorporada nas Declarações e que lhes fornece sustentação político-ideológica, tem como ponto de partida os direitos naturais do homem tal como estabelecidos na teoria do contrato social, justificados pela natureza racional do homem, a serviço de um projeto liberal e burguês. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, anunciou o que seria o início de uma nova era em que a assunção da promoção dos direitos humanos constituiria interesse da comunidade internacional. Tal declaração, embora de vital importância, na medida em que seu texto foi referenciado em algumas constituições, não é dotada de coercibilidade jurídica para que todos os Estados a observem, o que levou à necessidade da elaboração de inúmeros protocolos que reforçassem e dessem especialidade aos direitos presentes na Declaração, visando ao seu reconhecimento e à aplicação pelos Estados.

Considerando o contexto em que foram elaborados diversos documentos internacionais fundamentais aos direitos humanos, avalie as afirmações a seguir.

- I. A natureza dos direitos humanos passou a ser uma *hard law*, com a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, além dos protocolos facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que constituem a Carta Internacional dos Direitos do Homem.
- II. A declaração Universal dos Direitos Humanos possui eficácia jurídica vinculante, tanto por revelar-se como uma interpretação autorizada pelo contido na Carta das Nações Unidas, quanto por se constituir como direito consuetudinário internacional, como defende parte considerável da doutrina, consubstanciando-se, ainda, a ideia de que, para ser titular de direitos, basta ser nacional de qualquer Estado.
- III. A respeito dos direitos civis, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório, afóra em decorrência de crime tipificado como hediondo pela legislação do país que adotar essa punição específica para tal modalidade de crime, não podendo, todavia, a respectiva pena ultrapassar 30 anos de reclusão.

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: (A)**

**Autor: Ricardo Koboldt de Araújo**

## COMENTÁRIOS

Primeiramente, cumpre abordar a diferença dos termos *hard law* e *soft law*, como forma de esclarecimento das respostas apresentadas no certame.

A *hard law* (dura lei) refere-se a instrumentos jurídicos vinculativos de características reais, assim como a leis propriamente ditas. Em contraste, a *soft law* (lei macia) representa provimentos não compulsórios ou meras recomendações. Ambos os termos são bastante comuns no direito internacional.

A *hard law* inclui tratados de autoexecução ou acordos internacionais ratificados, assim como normas consuetudinárias (compreendidas como regras de direito internacional imperativo ou *jus cogens*). Ditos instrumentos resultam de compromissos juridicamente vinculativos para os Estados, podendo ser exigidos como obrigações expressamente assumidas pelos mesmos.

Na hipótese em comento, verifica-se que a incipiente regulamentação dos direitos humanos, evidenciada na fase de expansão capitalista, sobremaneira a partir do término da II Guerra Mundial, erigiu a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos internacionais de proteção ao homem, resultado eficiente das intensas violações aos direitos do homem, principalmente no transcurso das duas grandes Guerras. Assim, o desenvolvimento dos propósitos e princípios nucleares da ONU impresso em seu lema de “manutenção da paz e segurança internacionais”, fundou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), através de sua Comissão de Direitos Humanos, cujo conteúdo é tecnicamente sem nenhuma força jurídica, tratando-se de mera recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas destinada a seus Estados-membros.

Para compreender a diferença entre Convenções e Recomendações, é indispensável observar o seguinte:

Convenções, são instrumentos internacionais que aprovados por um Estado-membro, através de ratificação formal, impõe aos mesmos a tomada de medidas necessárias para deferir-lhe eficácia interna, transformando-as em lei ou outros mecanismos necessários para deferir-lhe obrigatoriedade interna.

Recomendações, são ditames de aconselhamento emergentes dos próprios objetivos colimados por uma determinada Organização Internacional, cuja eficácia dependerá do que a autoridade competente de um determinado Estado pretenda adotar na órbita interna, seja através de medidas para consolidá-las internamente, ou singelamente no sentido de tomar conhecimento do mesmo documento internacional, sem aprovar qualquer providência que lhe seja pertinente, razão pela qual as recomendações não são ratificáveis, ainda que a autoridade estatal competente resolva transformar diretriz em lei interna. (Comentário livre do autor)

Na prova de Direito Internacional do Enade (Questão 28), percebem-se claramente as razões pelas quais a hipótese desenvolvida na letra “a” do respectivo gabarito é a resposta correta.

De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não possuindo qualquer efeito vinculativo

(por se tratar de regra de *soft law* diante dos Estados membros da ONU e, observando-se uma tendência geral de impor-se sua aplicação efetiva, por se tratar de regras de “vital importância” para o ordenamento jurídico internacional) indispensável seria deferir-lhe efeitos coercitivos a fim de que ditos Estados a observassem rigorosamente.

Pela mesma razão, foram criados protocolos que visavam reforçar e especializar aqueles direitos, impondo-lhes estrito cumprimento e efetiva aplicação. Ditos protocolos, na verdade, foram representados por Convenções Internacionais a serem assumidas pelos Estados-membros (*hard law*), tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), além de outros documentos facultativos que integram a Carta Internacional dos Direitos do Homem. Tais protocolos, por sua própria natureza jurídica, passaram, pois, a ser determinados como obrigatórios, consolidando o propósito nuclear perseguido pela ONU; ou seja, a efetiva proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, para implementação efetiva da paz e segurança internacionais.

### QUESTÃO 29

DIREITO AMBIENTAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. REMESSA *EX OFFICIO* E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA. LOTEAMENTO. CONSTRUÇÃO EM LOTE SITUADO EM ÁREA DE RESERVA AMBIENTAL. PROJETO ARQUITETÔNICO E HIDROSSANITÁRIO APROVADOS PELO MUNICÍPIO RECORRENTE. ALVARÁ DE HABITE-SE. AUTORIZAÇÃO DO IBAMA PARA CONSTRUÇÃO EM ÁREA NÃO SUPERIOR A 40% (QUARENTA POR CENTO) DE LOTE SITUADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. REGULARIDADE COMPROVADA NOS AUTOS. Artigo 15, da Lei Federal nº 9.985/00. REMESSA *EX OFFICIO* E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA CONHECIDAS E IMPROVIDAS. I. Consoante disposto no artigo 15, da Lei Federal nº 9.985/2000 (que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), que “A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. §1º A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas. § 2º Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental”. Na hipótese vertente, a despeito de o Município Recorrente afirmar que o imóvel dos Recorridos compreende área de uso consolidado, portanto, insuscetível de edificação, por ser reconhecida como área de reserva ambiental (Parque Estadual de Setiba), os Recorridos comprovam a regularidade na construção de sua residência, tendo, inclusive, apresentado os Projetos Arquitetônicos e Hidrossanitário aprovados pela Municipalidade, bem como apontando o cumprimento de acordo, formalizado com o IBAMA, de edificar até o limite de 40% (quarenta por cento) da respectiva área. III. O Município Recorrente concedeu aos Recorridos, posteriormente, o Alvará de Habite-se nº 020/2005 (fl. 92), atestando que o imóvel *sub judice* fora construído em atenção à Legislação local e atendendo às exigências previstas pelo Município para a aprovação de Projetos, mostrando, portanto, comportamento contraditório, no que tange às alegações trazidas nos autos. IV. A Área de Preservação Ambiental (APA) de Setiba, abrangendo a área do Parque Estadual de Setiba, não enseja o reconhecimento da inviabilidade absoluta da edificação, na forma do artigo 15 da Lei Federal nº 9.985/2000. Desta forma, restou reconhecida que a construção dos Recorridos atendeu às exigências da Municipalidade para construção e, também, não violou qualquer norma ambiental de proteção ao ecossistema, devendo, portanto, ser mantida a sentença *a quo*, não se descurando do fato de que, embora tenha limitado o exercício da propriedade, certo é que a obra restou concluída, devendo permanecer, contudo, a restrição, caso haja a intensão dos recorridos na modificação do Projeto Original, sujeita à aprovação do Município Recorrente.

Com base no texto do acórdão transcrito, avalie as afirmações a seguir.

- I. A sociedade não pode realizar a ocupação da Área de Proteção Ambiental (APA) descrita, por estarem presentes em tal área vários atributos abióticos, bióticos e estéticos.
- II. O município concedeu erroneamente o alvará de habite-se, pois as edificações realizadas na reserva ambiental estavam em desacordo com a legislação municipal vigente.
- III. Os envolvidos na lide em questão argumentaram, em defesa própria, que, apesar de o município mencionar que a área edificada constitui APA, os projetos arquitetônicos e hidrossanitários foram devidamente aprovados pelo próprio município.
- IV. Os proprietários têm direito a indenização perante o município em razão da área não utilizada.

É correto o que se afirma em

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

**Gabarito: (B)**

**Autor: Fabiano Kingeski Clementel**

## COMENTÁRIOS

A CF estabelece, no art. 225, §1º, o seguinte:

todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamentado pela Lei n. 9985/2000) II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamentado pela Lei n. 9985/2000 e pela Lei n. 11.105/2005) III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamentado pela Lei n. 9985/2000); [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (Regulamentado pela Lei n. 9985/2000).

Dessa forma, extrai-se do texto constitucional o compromisso assumido pelo Poder Público de proteção ao meio ambiente, no seu sentido amplo, o qual se estende, como norma cogente, a toda a coletividade.

A Questão 29, percebe-se, pretende verificar o grau de conhecimento do aluno em torno do direito

ambiental, especialmente em relação ao sistema nacional de unidade de conservação da natureza.

Conforme o art. 3º, da Lei nº 9985/2000, “o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC é constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estaduais e municipais, de acordo com o disposto nesta Lei”, tendo dois grupos específicos de categorias de unidades de conservação: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. Frisa-se que o sistema nacional de unidades de conservação é regulamentado pelo Decreto nº 4.340/2002.

A área de proteção ambiental é uma das categorias de unidade de conservação pertencente ao grupo de unidades de uso sustentável, constituída por terras públicas e privadas. Conforme o art. 15, da Lei nº 9985/2000,

a Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

Da simples leitura do art. 15, nota-se que a ocupação humana da área é permitida, em grau compatível, capaz de equilibrar diversidade biológica, ocupação humana e sustentabilidade do uso dos recursos. Assim, a assertiva I está incorreta, pois a legislação não afasta a possibilidade de ocupação da APA.

Quanto à assertiva II, o julgado refere que os proprietários da área observaram a legislação municipal pertinente (trata-se, assim, de terras públicas), demonstrando a regularidade na construção da residência. Isso porque apresentaram projetos arquitetônico e hidrossanitário, os quais foram aprovados pelo Município, além de ter formalizado e cumprido acordo com o IBAMA – órgão executor do sistema nacional de unidades de conservação da natureza (art. 6º, III, da Lei nº 9985/2000) – de construir apenas 40% da área. O próprio Município concedeu o habite-se atestando que o imóvel fora construído em atenção à legislação local e às exigências da Administração Pública para aprovação de projetos.

Nesse sentido, a assertiva III é a correta.

O fundamento da assertiva IV está na violação do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e na violação do princípio da justa indenização em caso de intervenção estatal na propriedade particular (CF, art. 5º, XXIV). Contudo, referida assertiva está incorreta, pois a questão não está tratando da hipótese de desapropriação direta ou indireta, mas de limitação administrativa.

Além disso, não teria sentido se falar em indenização aos proprietários pela área não utilizada, salvo se a questão tivesse mencionado ter havido o esvaziamento da área em decorrência de limitações administrativas. Ainda, inexistente responsabilidade por inexistir especificamente e concretamente agravo a um direito, isto é, não se refere no julgado uma relação direta do imóvel com qualquer atividade econômica. Podem-se atingir interesses econômicos, mas a indenização é permitida quando se viola a atividade econômica, afetando diretamente o direito de propriedade. Logo, não havendo dano juridicamente reparável, o econômico deduzido deve ser suportado pelos proprietários pelo fato de a propriedade ter que se ajustar aos interesses sociais.

Assim, está correta apenas a letra b.

### QUESTÃO 30

---

O meio ambiente, seja natural ou artificial, é um bem jurídico transindividual, pertencente a todos os cidadãos, indistintamente. Todavia, a preocupação com a sua preservação também é coletiva, sendo um dever jurídico de toda a sociedade. Cumpre ressaltar que a Constituição consignou que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A partir do texto, avalie as asserções a seguir e a relação proposta entre elas.

- I. A Ação popular visa à anulação de ato lesivo ao patrimônio público e ao meio ambiente.

#### PORQUE

- II. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Público deve exigir estudo prévio de impacto ambiental para autorizar a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa correta da I.
- B. As asserções I e II são Proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa correta 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)**

**Autora: Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros**

### COMENTÁRIOS

---

O enunciado proposto na questão expõe, em um primeiro momento, uma classificação doutrinária do

ambiente. Trata-se do conceito de ambiente a partir de quatro critérios distintos, ou seja, concebemos a existência de ambientes natural, artificial, cultural e laboral.

No texto do enunciado apresentado, há a afirmação de que o ambiente, pouco importando se tratar do ambiente natural ou artificial, é um bem jurídico transindividual. Assevera, também, que a sua preservação deve ser preocupação da coletividade (e de toda a sociedade) e transcreve o texto do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal. O texto apresenta uma situação verdadeira, uma vez que a proteção do ambiente é direito fundamental, mas também é uma tarefa estatal e um dever fundamental.<sup>40</sup>

Dessa forma, parte-se de uma premissa correta que não irá apresentar correlação imediata com as asserções que deverão ser analisadas pelo formando. O texto tem a função apenas de introduzir a temática da questão.

### Quanto às asserções

O exercício, proposto pela banca do Enade, pressupõe uma relação de causa e efeito entre duas assertivas (proposição e argumento), exigindo do formando o conhecimento acerca da veracidade ou não das afirmações e a relação existente ou inexistente entre elas.<sup>41</sup>

A **assertiva I** afirma que “A ação popular visa à anulação de ato lesivo ao patrimônio público e ao meio ambiente” e está correta. A afirmação está em conformidade com a Constituição Federal (art. 5º, LXXIII) e com a Lei n. 4.717/65 (art. 1º). Dessa forma, a Ação Popular é uma ação constitucional que visa anular ato lesivo ao patrimônio público e ao meio ambiente, dentre outros objetos de tutela.

A **assertiva II** defende que “Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Público deve exigir estudo prévio de impacto ambiental para autorizar a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. **A assertiva também está correta.** A Constituição Federal, no inciso IV, do parágrafo 1º, do art. 225, diz que o Poder Público deverá “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. Ainda, sobre o mesmo tema há a regulação prevista na Lei 6.938/81 (art. 9º, III e IV) acerca da avaliação de impacto ambiental e do licenciamento das atividades efetivas ou potencialmente poluidoras, assim como a Resolução n. 237/97 do Conama.

### Quanto à opção correta

As duas proposições são verdadeiras, dessa forma, o aluno estaria entre as alternativas (a) e (b). Contudo, a assertiva II não é uma justificativa para a assertiva I, tornando correta apenas a alternativa (b). Afinal, não é porque o Estado exige EPIA ou EIA/RIMA para as atividades potencial ou efetivamente poluidoras que se justifica a existência da Ação Popular. Nem do ponto de vista cronológico isso seria possível, haja vista que a Ação Popular foi instituída no Brasil pela Constituição de 1934 e a necessidade de um estudo para casos de impacto ambiental só veio a ser internalizado, no Ordenamento brasileiro, em 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

<sup>40</sup> Ver MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>41</sup> Ver MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ROCHA, Marcelo Hugo da. *Como se preparar para o Exame da Ordem – Ambiental*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

### QUESTÃO 31

---

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30 do século XX, a humanidade compreendeu, mais do que e, qualquer época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 (adaptado).

Com relação à afirmação histórica dos direitos humanos, assinale a opção correta.

- A. A construção dos direitos humanos no Brasil se deu com o fim do período da ditadura militar e a consequente garantia do direito ao voto, fixada pela obrigatoriedade do sufrágio universal.
- B. A expressão direitos humanos especifica o conjunto normativo de garantias aos presidiários brasileiros, assegurando-lhes alimentação, respeito, processo justo e direito a prestação de serviço judiciário.
- C. A Segunda Guerra Mundial motivou o questionamento do papel dos Estados diante da proteção ao ser humano, o que foi determinante para alterações de textos constitucionais no período pós-guerra.
- D. O conceito de direitos humanos é próprio do movimento chamado de jusnaturalismo, que, após a crise de positivismo jurídico e o surgimento do pós-positivismo, passou a integrar os textos constitucionais.
- E. A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico nacional um rol protetivo de direitos humanos, até então inexistente, sob a denominação de direitos e garantias individuais e coletivos.

**Gabarito: (C)**

**Autora: Luiza Matte**

### COMENTÁRIOS

---

Em relação às alternativas “A” e “E”, apesar da similaridade do conteúdo material do que se denomina “Direitos humanos” e do que se denomina “Direitos fundamentais”, eles são comumente diferenciados por referirem-se os primeiros à ordem internacional, enquanto os segundos equivalem ao que se en-

contra consagrado nas declarações de direitos das Constituições (nacionais) dos diversos Estados. Posta de forma singela a distinção, tem-se que, no Brasil, os “Direitos fundamentais” vêm sendo afirmados historicamente desde a independência do país, em suas sucessivas Constituições, na medida da evolução social neste sentido.

Versa a questão, contudo, especificamente, sobre “Direitos humanos”. Assim, considerando-se que a ONU foi criada em 1945, como reação aos horrores perpetrados na Segunda Guerra, e que, ainda que a Declaração universal dos direitos humanos tenha sido proclamada apenas em 1948, ecos desta reação já se fazem sentir na Constituição brasileira de 1946, que foi, na classificação de Löewenstein, uma Constituição normativa (democrática) até começar a tornar-se nominal com a agitação política do país em 1963/1964 e daí por diante. Deste modo, não procedem a alternativa “E” nem a alternativa “A”, no que se refere aos períodos históricos aludidos. Quanto à alternativa “A”, cumpre ainda ressaltar a ênfase dada ao voto (a par da menção ao sufrágio universal, que pode ter uma interpretação mais abrangente), que minimiza o alcance dos chamados “Direitos humanos”. Tal minimização de alcance novamente é notada na alternativa “B”.

No tangente à alternativa “D”, *ab initio*, o termo “jusnaturalismo” é empregado de maneira bastante genérica, não sendo possível distinguir se a referência é ao jusnaturalismo racionalista, idealista ou ao jusnaturalismo realista, ontológico, o que seria importante em termos de filosofia do Direito. Ainda assim, pode-se apontar que a aludida “crise do positivismo jurídico” dá-se justamente com o reconhecimento de que o Direito, nos moldes positivistas, provou-se incapaz de proteger a pessoa humana dos horrores promovidos na Segunda Guerra, ou seja, é uma alternativa que, na verdade, reforça o estatuído na resposta considerada correta, contida na alternativa “C”. O chamado “pós-positivismo”, mencionado na alternativa “D”, começa a desenvolver-se justamente a partir do que revela a alternativa “C”, isto é, a partir do questionamento do papel dos Estados (e do Direito) na proteção da pessoa frente os resultados da Segunda Guerra. Pesa, ainda, na escolha da alternativa “C” como correta, a consideração do texto de Fábio K. Comparato, que é dado para ilustrar a questão, e também o próprio enunciado da questão, que menciona especificamente a “afirmação histórica dos direitos humanos” e não sua justificação na filosofia do Direito.

### QUESTÃO 32

---

C.S. e L.C.T. são domiciliados na cidade do rio de Janeiro-RJ, e proprietários de lotes vizinhos em um condomínio de praia da Comarca de Búzios-RJ. C.S. construiu um muro na divisa do seu lote, tendo a construção bloqueado o uso da servidão de passagem através da qual L.C.T. tinha acesso à via pública. L.C.T., então, ajuizou ação para a liberação da servidão na comarca do Rio de Janeiro – RJ. C.S. contestou a ação, aceitando, por conveniência, o foro, deixando de opor exceção de incompetência, no prazo legal, apesar do art. 95 do Código de Processo Civil (CPC) dispor que “nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa”.

Na situação descrita, é correto afirmar que haverá

- A. Impossibilidade de prorrogação da competência, por tratar-se de ação relativa a servidão de passagem.
- B. Prorrogação da competência, porque a lei admite ao autor optar pelo foro do domicílio do réu.
- C. Prorrogação da competência, pois o réu acolheu o foro e não opôs exceção de incompetência no prazo legal.
- D. Prorrogação da competência, se o foro da comarca do rio de janeiro – RJ for eleito pelas partes em contrato.
- E. Prorrogação da competência, pois o autor e o réu são domiciliados na mesma cidade.

**Gabarito: (A)**

**Autores: Álvaro Vinicius Paranhos Severo e Marco Felix Jobim**

### COMENTÁRIOS

---

A prova foi realizada sob a égide da legislação processual civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), razão pela qual a resposta encontra respaldo naquela legislação e não na atual, em vigor desde 18 de março de 2016 (Lei 13.105/2015). A resposta encontra, então, guarida no revogado artigo 95 do CPC/1973 que dispunha que “nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”. Discorrendo o enunciado sobre questões de incompetência (que se divide em absoluta ou relativa, cada qual com suas especificidades), refere ela que houve uma construção de muro em

servidão de passagem, o que já nos remete ao artigo referido, pois a matéria é afeta em direito real.

Contudo, referida questão traz mais informações, a de que C.S. realizou a construção do muro em lote no qual é proprietário na Comarca de Búzios/RJ, embora seja domiciliado na cidade do Rio de Janeiro, local que utilizou para fixar a competência. Para complicar, o enunciado coloca o outro personagem (L.C.T.) como residente no próprio Rio de Janeiro e sendo o dono do terreno em Búzios, o qual sofre com o muro construído.

A lei em vigor na época era cristalina ao referir e dispunha sobre competência absoluta de acordo com a última parte do *caput* do artigo 95 do CPC. Trata-se da exceção da exceção, portanto, não pode ser modificada, pois a ação versa sobre o Direito de Servidão. Nesse sentido a alternativa correta é a letra A pois não poderá haver prorrogação da competência do juízo. Note-se que, em se falando de incompetência absoluta, a vontade das partes é irrelevante, o que não ocorre quando se está diante da incompetência relativa.

## QUESTÃO 33

---

### Texto 1

Ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno. Seria absurdo, daqui por diante, confinar-se na ingenuidade e nos limites tranquilizadores de uma tradição fechada sobre si mesma, no momento em que a consciência moderna encontra-se apta a compreender a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista. Também nos habituamos, neste sentido, a responder aos argumentos que nos expõem através de uma reflexão em que nos colocamos deliberadamente na perspectiva do outro.

GADAMER, H-G. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 2006 (adaptado).

### Texto 2

O aparecimento de uma tomada de consciência histórica constitui uma das mais importantes transformações pelas quais passaram as sociedades desde o início da época moderna. Diante disso, conforme se depreende do conteúdo dos textos acima, a atividade hermenêutica também deve ser repensada, podendo-se afirmar que ela assume o papel de teoria do conhecimento jurídico.

Considerando os textos apresentados, assinale a opção que descreve a principal função da hermenêutica constitucional.

- A.** Adotar a objetividade do método cartesiano, como um método específico de conhecimento e de verdade, restringindo a interpretação constitucional ao sentido da norma.
- B.** Possibilitar ao intérprete refletir sobre a necessidade de conhecer o texto constitucional, impondo-se a adoção de um critério de interpretação predominante.
- C.** Conhecer o texto constitucional mediante a utilização de um método capaz de assegurar o conhecimento objetivamente verdadeiro.
- D.** Reconhecer que o texto constitucional comporta uma interpretação restrita, em determinado contexto histórico da sociedade.
- E.** Interpretar as diferentes concepções do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da constituição.

**Gabarito: (E)**

**Autor: Ricardo Libel Waldman**

## COMENTÁRIOS

---

A questão considera o tema da hermenêutica constitucional a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer (Texto 1). Assim, o processo de interpretação da constituição não consiste na descoberta de uma verdade que está “dada” pelo texto, mas na reflexão contínua a respeito do mesmo (Texto 2).

A tomada de consciência histórica a que se refere o enunciado diz respeito justamente a que o conteúdo da Constituição deve sempre ser concretizado e revisto a partir do momento e do contexto em que a interpretação é feita, considerando diversos pontos de vista. Seu sentido, como dito, não está dado, mas é resultado de uma atividade permanente de construção de acordo com cada momento histórico.

A entidade familiar de que fala o artigo 226 da Constituição não entendida hoje do mesmo modo que em 1988, isto é fruto de um debate aberto e plural sobre como hoje é ou deve ser entendido aquele conceito. Não há, de acordo com os textos mencionados, apenas uma resposta possível para as questões jurídicas. As mesmas estão sempre em aberto. Nesse sentido, a alternativa (E), “Interpretar as diferentes concepções do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da constituição”, é a correta.

A alternativa (A) então está equivocada porque parte do pressuposto negado pelos textos mencionados da questão de que a norma tem um sentido único objetivamente verificável, inspirado no modelo cartesiano que considera verdadeiro aquilo que se prova acima de qualquer dúvida. A alternativa (B) está incorreta porque fala na necessidade de adotar um método dominante de interpretação, quando todos os métodos podem ter algo a colaborar na interpretação. A alternativa (C) está incorreta pelos mesmos motivos da (A): afirma a existência de uma única interpretação correta. Por fim, a alternativa (D) também está incorreta por afirmar que a interpretação constitucional é restrita, quando ela está sempre aberta à revisão ainda em um mesmo contexto histórico, eis que o mesmo pode ser entendido de diversas formas por diferentes pessoas.

### QUESTÃO 34

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI). 2. Lei nº 10.248/1993, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem gás liquefeito de petróleo (GLP) a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritas de direitos. 5. Ação julgada procedente.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2 PARANÁ*. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Governador do Estado do Paraná. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2008.

Considerando essa ementa, avalie as asserções a seguir e a relação proposta entre elas.

- I. A Confederação Nacional do Comércio, legitimado universal no controle concentrado de constitucionalidade, propôs a ADI com base na ofensa ao princípio da razoabilidade.
- II. A lei indicada violará supostamente o princípio da razoabilidade na medida em que: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento ou meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para se chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo que aquilo que se ganha.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

- A. As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa correta da I.
- B. As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa correta 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: (D)**

**Autora: Márcia Andrea Bühring**

## COMENTÁRIOS

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

No que se refere à primeira asserção, a própria Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 103 os legitimados ativos para ingressar com ADI, ou seja:

**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dessa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação dada à Constituição Federal, estabeleceu distinção entre os legitimados ativos, dividindo-os em dois grupos: os universais e os especiais.

Por um lado, são **legitimados ativos universais**, os que podem propor a ADI/ADC, independentemente da comprovação da pertinência temática, e são eles: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Por outro lado, os **legitimados ativos especiais** são aqueles que precisam comprovar a pertinência temática. (Ou seja, o nexo entre a norma a ser questionada e os objetivos institucionais específicos do órgão ou entidade.) São eles: a Mesa de Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e do Distrito Federal e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.<sup>42</sup>

**Logo: A Confederação Nacional do Comércio é legitimada especial no controle concentrado de constitucionalidade.**

Quanto à ofensa **ao princípio da razoabilidade**, destaca-se a contribuição de Virgílio Afonso da Silva, quanto ao o que é proporcional e razoável:

1. Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins;

2. Na forma como discutida neste artigo, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana;

<sup>42</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 260-261.

3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade;
4. As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas;
5. Para que uma medida seja considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não é necessário que o seu emprego leve à realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja fomentado;
6. A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre *logicamente* da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos;
7. Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação.<sup>43</sup>

Tece ainda três comentários sobre o caso específico da ADIn 855-2, *pesagem de botijões de gás*.

**Quanto à adequação, a exigência de pesagem dos botijões de gás, é adequada para a defesa do consumidor**

Com o objetivo de proteger o consumidor, uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor,<sup>55</sup> para que possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido, fossem devidamente ressarcidas ou abatidas do preço do botijão novo. A autora da ação alegou, genericamente, além de vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, argumento aceito pelo STF – sem qualquer análise concreta em separado sobre adequação ou necessidade da medida adotada. No exame da adequação deve-se indagar simplesmente se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor. Com base em parecer do *Inmetro*, afirmou-se que não. Em primeiro lugar, porque o tipo de balança necessária para a pesagem seria extremamente sensível, desgastando-se facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Em segundo lugar, porque a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo, como é feito freqüentemente. Nenhum dos argumentos é, contudo, suficiente para decretar a inadequação da pesagem para a proteção do consumidor. Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do poder público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados.<sup>44</sup>

**Quanto à necessidade: a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, pois ainda que a medida alternativa de pesagem por amostragem pudesse restringir em menor escala a livre iniciativa das empresas distribuidoras de gás, tal alternativa não parece ter a mesma capacidade de fomentar a proteção do consumidor.**

<sup>43</sup> SILVA. Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

<sup>44</sup> SILVA. Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> Acesso em 10 dez. 2015. p. 16.

A autora da ação alegou apenas uma possível restrição a um direito fundamental, a restrição à liberdade de iniciativa, pois a produção de balanças exigiria “investir muitos recursos em tecnologia”, o que poderia levar à “ruína econômica das empresas” distribuidoras. Como medida alternativa, sugeriu-se que a proteção ao consumidor fosse feita por meio de controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público, como é atualmente feito. Alega-se que os consumidores são protegidos e que as empresas não se locupletam com o que resta de gás nos botijões recolhidos, porquanto tais sobras “são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais”. Mesmo em um cenário de preços controlados, o argumento não é suficiente para decidir pela desnecessidade da medida, uma vez que ela não exclui esse controle por amostragem, mas a ele se soma. Caso a medida se destinasse apenas a evitar locupletamento indevido por parte das empresas, poder-se-ia argumentar que o controle por amostragem seria não só menos restritivo à livre iniciativa, mas também tão ou mais eficiente do que a pesagem na frente do consumidor. Mas a exigência de pesagem tem também outra finalidade: proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague pelo que não recebeu. E, para a consecução dessa finalidade, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem. Nesse sentido, a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade.<sup>45</sup>

### E quanto à proporcionalidade em sentido estrito

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção ao consumidor justificaria essa pequena limitação à liberdade de iniciativa. A resposta parece óbvia, e não foi à toa que me referi à limitação à liberdade de iniciativa, nesse caso, como pequena. A proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu de forma diversa.<sup>46</sup>

Todavia, ao analisar o princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, Suzana de Toledo Barros argumenta que a proporcionalidade em sentido estrito

É um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.<sup>47</sup>

Nesse íterim, Robert Alexy aponta que o princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação.

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 83-83.

A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.<sup>48</sup>

Ao final, vale a ressalva de Humberto Ávila, de que “a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)”.<sup>49</sup>

O postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.<sup>50</sup>

Por fim, Paulo Bonavides traz que a proporcionalidade tem a vocação de “compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotada da mais larga esfera possível de incidência”.<sup>51</sup>

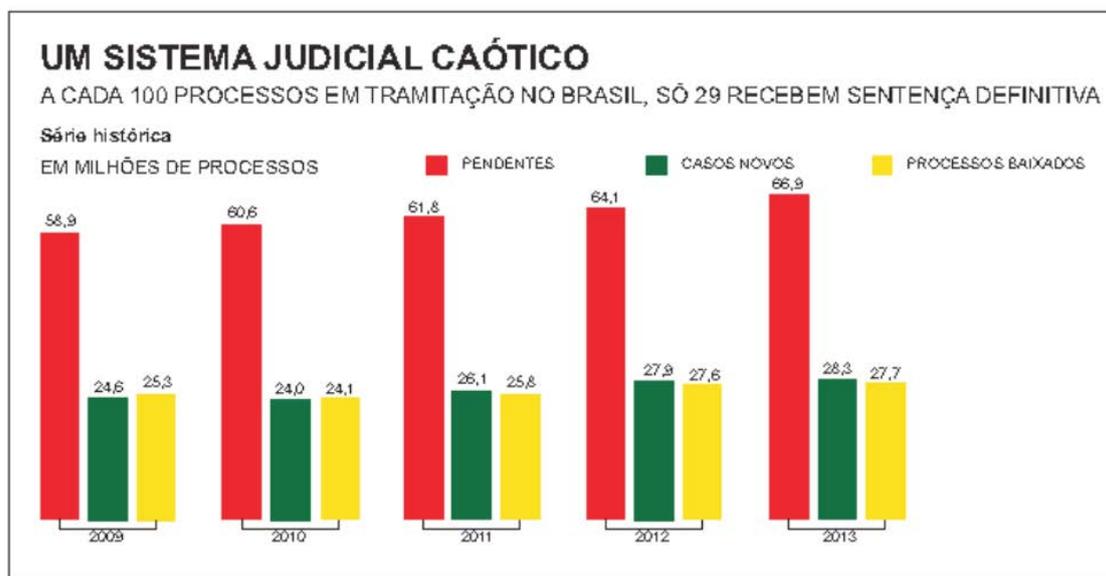
<sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 9.

<sup>49</sup> AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143.

<sup>50</sup> Idem, p. 143.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 395.

### QUESTÃO 35



Lei nº 13.140, de 26 junho de 2015

Art. 1º esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo.

A partir das informações presentes no gráfico e considerando o disposto na Lei nº 13.140/2015, avalie as afirmações a seguir.

- I. O crescimento do estoque de processos pendentes no poder Judiciário decorre de sua constante queda de produtividade.
- II. A elevação anual de casos novos no sistema judicial brasileiro é uma das justificativas para o incentivo a meios alternativos de solução de controvérsias, a exemplo do previsto na referida lei.

- III. O parágrafo único do art. 1º dessa lei inclui no conceito de mediação a atividade de julgamento realizada por juízes de primeira instância.
- IV. Os particulares que desejarem recorrer à mediação para a resolução de conflitos referentes a direito patrimonial disponível poderão fazê-lo por meio de aplicativos de telefone celular, fórum digital ou rede social.

É correto apenas o que se afirma em

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

**Gabarito: (D)**

**Autores: Eduarda Sbroglio e Felipe Kirchner**

## COMENTÁRIOS

A questão inicia com a apresentação de um gráfico indicativo da situação caótica do sistema de justiça – em que apenas 29% dos processos judicializados são resolvidos por meio de sentença definitiva –, demonstrando o crescimento substancial do número de processos pendentes de julgamento, a elevação do ingresso de novos casos ingressando na justiça e o leve aumento do número de processos baixados, entre os anos de 2009 e 2013.

A simples análise desses dados indica a falência do sistema de justiça formal e processualizado por meio da jurisdição, uma vez que a estrutura existente não consegue dar conta da massa de processos existentes e futuros, gerando um passivo maior a cada ano.

Em contrapartida a esse cenário, a questão suscita a aplicação dos meios autocompositivos ao colacionar a redação dos artigos 1º e 46 da Lei 13.460/15, chamada de Lei da Mediação,<sup>52</sup> a qual introduz este meio não adversativo de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Destaca-se que o parágrafo único do dispositivo supramencionado explicita o conceito de mediação<sup>53</sup> ao

<sup>52</sup> Cabe destacar que os meios autocompositivos ganharam papel central na nova codificação processual civil (Lei 13.105/15).

<sup>53</sup> Sem ignorar a existência de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos – v.g. *rente-a-judge*, *baseball arbitration*, *high-low arbitration*, *mini-trial*, *early neutral evaluation*, *neutral fact-finding*, *disputes resolution board (DRB)*, *consensus build* – a mediação e a conciliação surgem como as técnicas autocompositivas mais utilizadas. Dentre as principais diferenças entre as técnicas, destaca-se que: (i) na conciliação as partes mantêm uma postura adversarial de defesa de suas posições, enquanto a mediação convida as partes a atuar de maneira colaborativa e a pensar soluções inclusivas que satisfaçam todos os envolvidos no conflito; (ii) o conciliador pode orientar as partes juridicamente, conduta vetada para o mediador; (iii) o conciliador pode oferecer sugestões para o acordo, enquanto o mediador, zelando pela autonomia e protagonismo dos mediandos, se abstém de efetuar sugestões; (iv) a conciliação objetiva o acordo, enquanto a mediação foca primariamente na melhoria da relação entre as pessoas envolvidas no conflito; (v) a conciliação se volta para o passado na busca por analisar culpabilidades, enquanto a mediação tem o olhar voltado para o futuro, lidando com o conflito de modo a prevenir novas interações negativas. Em termos de adequação dos métodos, entende-se que mediação é a proposta mais autêntica em termos das pretensões dos métodos de resolução extrajudicial, no sentido de mais qualificadamente promover o reexame do conflito e a tomada de decisão pelas partes.

referir ser esta uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório – sem a imposição de uma decisão por terceiro, como ocorre no sistema judicial, portanto –, que, ao ser escolhido ou aceito pelas partes, deve auxiliar e estimular a identificar o conflito e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação é uma técnica que busca amenizar as controvérsias entre as partes por meio do diálogo e da busca por uma solução que seja a mais justa e célere, permitindo, assim, que o conflito seja sanado não apenas juridicamente, mas em diversos outros âmbitos, como o emocional, o que por vezes é esquecido no curso da prestação jurisdicional. O papel do terceiro imparcial, chamado de mediador, diz precipuamente com a facilitação do diálogo, muitas vezes reestabelecendo a comunicação entre as partes, chamados de mediados, para que estas possam ativamente encontrar uma solução que seja adequada dadas as peculiaridades do seu caso.

Sem pretensão de esgotar a análise, destaca-se que contra a hegemonia do processo clássico, de índole adversarial, os métodos consensuais buscam os seguintes benefícios aos sujeitos envolvidos: (i) facilitação da comunicação; (ii) fomento e preservação de relações continuadas (em nível pessoal, social, profissional e/ou comercial); (iii) orientação, informação e educação dos envolvidos; (iv) prevenção da ocorrência de novos conflitos; (v) visão de alteridade que legitima os interesses do outro; (vi) soluções que geram ganhos mútuos e expansão dos ganhos pessoais; (vii) maior controle sobre o resultado final da disputa; (viii) estímulo a soluções geradas pelos próprios agentes (empoderamento); (ix) adoção de soluções criativas que vão além do que seria possível obter perante o Judiciário; (x) contexto em que tanto as questões jurídicas como as “não-jurídicas” podem ser simultaneamente resolvidas; (xi) visão positiva do conflito, como sendo situação permissiva de crescimento pessoal (caráter pedagógico); (xii) fuga da possibilidade de criação de precedente judicial desfavorável aos interesses de qualquer das partes; (xiii) manutenção da confidencialidade sobre a disputa.

O artigo 46 da Lei 13.460/15, citado na questão, traz interessante inovação ao possibilitar que as técnicas de solução consensual de conflitos sejam realizadas pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação mesmo à distância, sendo necessário apenas que as partes estejam de acordo com a via a ser utilizada.

Após estas considerações teóricas, cabe analisar as assertivas propostas.

A Assertiva I está incorreta, pois os dados apresentados não demonstram queda de produtividade no sistema de justiça, uma vez que houve um leve aumento do número de processos baixados, indicando, pois, aumento no número de julgados. Ainda que exista um aumento do coeficiente na relação de processos baixados tanto com os processos pendentes quanto com as novas demandas (eis que esses índices crescem mais do que os processos baixados), isso não pode ser creditado ao aumento na baixa de produtividade, como afirmado na questão, mas sim ao aumento elevado dos demais fatores.

A Assertiva II está correta, pois os meios alternativos<sup>54</sup> de soluções de controvérsias surgem como uma via concreta para a diminuição do número de processos no sistema judicial brasileiro, sem que isso implique diminuir a efetividade da solução alcançada. Em verdade, os novos paradigmas legais (Leis 13.105/15 e 13.460/15), ao instituírem a primazia das técnicas não adversativas, demonstram que

---

Contudo, a conciliação se torna modalidade mais eficiente quando consideradas algumas peculiaridades, como a relação de custo e benefício (em termos monetários, de tempo, etc.) de processos de solução de conflitos utilizados de maneira massificada, e em áreas onde as partes são desiguais, como o caso da resolução de conflitos de consumo, onde as assimetrias e vulnerabilidades (v.g. técnicas e informacionais) são melhor compensadas por um conciliador, que agirá de forma mais interventiva.

<sup>54</sup> Os mecanismos de solução de conflitos pela via não adversativa – denominados “métodos de RAD” (Resolução Adequada/Amigável de Disputas) – trazem duas nomenclaturas muito usuais, mas que se mostram inadequadas para classificar ou denominar as técnicas de mediação e conciliação no atual contexto. A primeira diz com a pecha de “meios alternativos”, eis que as soluções consensuais de conflitos não podem mais ser chamados de vias alternativas, pois alternativa deveria ser a opção pela jurisdição processual, a qual deveria ficar restrita às situações onde os métodos consensuais tenham falhado, devendo-se reconhecer que a jurisdição não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito (FULLER, 1978, p. 353). A segunda designação aponta para a denominação de métodos extrajudiciais, eis que mediação e conciliação se constituem em técnicas a serem aplicadas tanto extrajudicialmente quanto no âmbito do processo judicial. Assim, melhor seria trocar as expressões “alternativo” e “extrajudicial” pelo termo “adequado”, pois a escolha pela modalidade de resolução depende da adequação de cada técnica em relação às peculiaridades do conflito.

a opção pela jurisdição processual deve ficar restrita às situações em que as técnicas consensuais tenham falhado, para além do reconhecimento de que a jurisdição não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito. Assim, não apenas é possível, mas desejável, tratar os conflitos sociais sem a necessária participação do Poder Judiciário.

A Assertiva III está incorreta, porque, embora o juiz e o mediador sejam terceiros imparciais, sua atuação é dissemelhante. A atividade natural do juiz consiste justamente em analisar o caso apresentado pelas partes e julgá-lo com uma decisão impositiva,<sup>55</sup> não se descurando que o juiz não apenas pode, mas deve realizar mediação no curso do procedimento judicial.<sup>56</sup> Já a mediação é exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, sendo responsável por buscar soluções à controvérsia *pelos* partes por meio da facilitação do diálogo *entre* as partes.<sup>57</sup>

A Assertiva IV está correta, uma vez que o artigo 46 da Lei 13.460/15 possibilita que a mediação seja realizada pela internet ou por outro meio de comunicação, sendo assim possível proceder com esta prática por meio de aplicativos de telefone celular, fórum digital ou rede social, conforme apontado na questão.

Concluindo, a resposta correta é a letra D, abarcando a correção das assertivas II e IV.

## REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem*: alternativas à jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e Solução de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*, n. 92, Harvard Law Review, 1978.

MOORE, Christopher. *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços*: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. *Julgados de Paz e Mediação*: uma nova face da justiça. Almedina: Coimbra, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoidede (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

<sup>55</sup> Conforme o entendimento de Athos Gusmão Carneiro, “a jurisdição pode ser conceituada como o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos” (CARNEIRO, 1997, p. 5).

<sup>56</sup> De acordo com o artigo 3º, § 3º, da Lei 13.105/15: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

<sup>57</sup> Conrado Paulino da Rosa assim se posiciona: “enquanto, no Poder Judiciário, a solução do conflito de interesses é imposta pelo julgador, apesar de estar assentada no ordenamento jurídico, nem sempre a saída será justa e isenta de erro [...]. Surge [a mediação] como outra alternativa, substituindo o modelo conflitual apresentado pelo Poder Judiciário” (ROSA, 2012, p. 147).

### QUESTÃO DISCURSIVA 03

---

Em uma união homoafetiva entre duas mulheres, uma delas teve um filho fruto de inseminação artificial heteróloga. Passados dezesseis anos, mediante acordo de dissolução de união estável homologado em juízo, em 10/02/2013, convencionou-se o pagamento de verba alimentícia para o filho, correspondente a 20% do salário percebido pela mãe biológica, não detentora da guarda. Em 20/01/2015, o filho completou dezoito anos de idade. A mãe devedora dos alimentos propôs ação de exoneração, afirmando que, além de ter atingido a maioridade, o filho passara a ser bolsista de iniciação científica na Faculdade.

Com base na situação apresentada, responda às perguntas a seguir.

- A.** O filho tem direito à manutenção dos alimentos devidos pela mãe não biológica? Apresente dois argumentos éticos-jurídicos para embasar sua resposta.
- B.** Na hipótese de constatação de real impossibilidade da mãe não biológica em cumprir com a totalidade da verba alimentar, a quem caberia o alimentando requerer alimentos complementares? Justifique sua resposta.

**Autora: Maria Regina Fay de Azambuja**

### COMENTÁRIOS

---

No que tange à filiação, três critérios são conhecidos no nosso sistema: registral ou jurídico; biológico e socioafetivo. O critério registral ou jurídico, decorrente do registro de nascimento, prevaleceu sobre os demais durante longo período de nossa história legislativa, quer pelas dificuldades de conhecer o vínculo biológico quer pelo não reconhecimento da relevância da relação socioafetiva que integra o conceito atual de filiação. A chegada do exame de DNA, que possibilitou conhecer a verdade biológica, colocou em xeque a verdade registral, estabelecendo-se o confronto entre os dois critérios até então reconhecidos, prevalecendo, nas disputas judiciais, o vínculo biológico quando em contraste com o registral.

Na vigência da CF/88, a jurisprudência, embasada na posse do estado de filho, passa a reconhecer a paternidade socioafetiva, com a produção de efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. No que tange à situação da presente questão (letra **a**), é possível afirmar que o filho havido da inseminação artificial, em face do vínculo decorrente da socioafetividade, estabelecido ao longo dos 16 anos de convivência, em que pese ter completado 18 anos e não mais estar sujeito ao poder familiar, sua condição de bolsista de iniciação científica o legitima a pleitear alimentos, com base no parentesco, ao ingressar na maioridade civil, levando-se em consideração suas necessidades e as possibilidades da

alimentante, nos termos do artigo 1.695 do CC.

Negar o direito a alimentos pelo fato de não ter o reconhecimento jurídico da filiação seria favorecer a mãe não biológica em detrimento dos interesses do filho. Na hipótese de a mãe biológica não estar prestando alimentos, possível acioná-la. Caso a contribuição da mãe não biológica e a da mãe biológica não atenderem integralmente as necessidades básicas do filho (letra **b**), pode o alimentando pleitear a complementação da verba com os avós, nos termos do artigo 1.696 do CC.

### QUESTÃO DISCURSIVA 04

---

O caso de C.P.S., com 29 anos de idade, espancado e esfaqueado até a morte no início de julho, após ter sido amarrado a um poste em São Luís – MA, chocou o país. Cercado e atacado por um grupo após a acusação de roubo, ele foi linchado em plena luz do dia. No Rio de Janeiro, N.C.S. também foi espancado até a morte na favela da Rocinha, acusado de tentar matar uma mulher e seus dois filhos. Em comum, os dois casos trazem à tona a inegável brutalidade dos linchamentos, um fenômeno que tem chamado a atenção no país.

Apesar de justificações pelas próprias mãos configurarem crimes de homicídio ou de lesão corporal, o comportamento de alguns setores da população, de parte da polícia e até mesmo da mídia revela, por vezes, um clima de aceitação da violência quando cometida contra um suposto criminoso. Na opinião de uma pesquisadora da Universidade de São Paulo (USP), que analisou 589 casos de linchamento na região metropolitana de São Paulo entre 1980 e 2009, dos quais apenas um foi à julgamento, é preciso que a polícia passe a ver os linchamentos como um problema, como um crime ser investigado e punido.

Disponível em: <<http://www.bbc.com>>. Acesso em: 6 out. 2015 (adaptado).

Considerando que a notícia apresentada tem caráter motivador, redija um texto dissertativo, abordando o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, acerca do seguinte tema: **O poder-dever de punir do Estado no contexto das garantias da pessoa humana.**

**Autor: Marcus Vinicius Boschi**

### COMENTÁRIOS

---

A pergunta “por que punir?” remonta a própria existência da humanidade e, até hoje, se debate sobre o tema. Aliás, não só ela, mas também aquelas relacionadas a “quando punir?” e a “o que punir?” atormentam as mentes daqueles que estudam o sistema punitivo criminal.

Diversas foram as teorias que perpassaram o estudo do tema, sendo as mais conhecidas e relevantes as absolutistas ou retribucionistas e as preventivas, estas últimas subdivididas nas espécies de geral e especial, negativa e positiva.

Por certo que outras tantas poderiam ser citadas, notadamente a da expiação, defendida por Heiko Lesch, e aquela, mais recentemente, tratada por Jakobs. Todavia, a discussão em torno dos fundamentos e das razões da punição somente é realizada e a própria pena só ganha uma aceitação social minimamente tranquila quando se percebe que o Estado é efetivo na jurisdição.

Pode-se discutir a exatidão dessa assertiva, no sentido de que um sentimento popular de que o Estado não funciona no âmbito da persecução penal e, por isso, há que se fazer justiça pelas próprias mãos, ainda que de forma arbitrária, pré-tempestiva ou ilegítima.

A polícia, não raro, abusa de pedido de prisões cautelares para que, caso deferidas, seja possível encarcerar o acusado por alguns dias, ainda que seja, porque possui, em dadas hipóteses o sentimento de que, ao final do processo, a punição é insignificante em comparação ao delito praticado.

Os casos de linchamento revelados pela pergunta espelham, infelizmente, esta realidade: a de uma população que se encontra descrente com tudo e com todos; que não guarda respeito ou crença nas instituições de Estado e que, por sentir-se desamparada e largada à própria sorte, toma as rédeas da justiça penal.

A Constituição Federal com base nos Tratados dos quais o Brasil é signatário e, sobretudo, pelo Direito Penal moderno não propõe essa forma de solução de conflitos. A pena há que ser a manifestação de um castigo público, proporcional e adequado ao caso, nos exatos limites do delito praticado.

Os direitos humanos não autorizam a pena privada e muito menos a sua execução, na figura do olho por olho, dente por dente, tal como revelado pela questão trazida, porque impõem o respeito a uma tábua de valores do Estado e dos particulares que se revela indeclinável.

O respeito aos direitos humanos, em suma, e no âmbito criminal, reclama o respeito ao homem como ente superior, não apenas na fase da investigação ou do processo, mas, sobretudo, na da execução penal; e traz a máxima de que a pena é um castigo público, ainda que se possa discutir qual a sua finalidade precípua.

### QUESTÃO DISCURSIVA 05

---

Os dados confidenciais do registro acadêmico de um estudante de quinze anos de idade foram violados. Se desempenho, perfil emocional e momento de vida foram amplamente divulgados na internet por outro estudante, que acessara indevidamente tais informações. Em razão dessa divulgação indevida e não autorizada, a vítima sofreu agressões verbais, intencionais e repetitivas de outros estudantes, situação que lhe causou grande sofrimento. Diante desses fatos, os pais da vítima procuraram a diretoria da escola a fim de que providências fossem tomadas para pôr termo à situação. Em resposta, a instituição de ensino limitou-se a dizer que, embora lamentasse o ocorrido, não tinha obrigação de agir, alegando que não poderia ser responsabilizada por ato de terceiro, já que a violação dos dados e as ofensas suportadas pelo estudante não foram realizadas pela escola e, ainda, que as informações divulgadas eram verdadeiras.

Com base na situação apresentada, responda, de forma justificada, às perguntas a seguir.

- A. Há ocorrência de ilícito civil?
- B. A instituição de ensino poderá ser responsabilizada civilmente?
- C. A instituição de ensino poderá ser responsabilizada penalmente?

**Autores: Caroline Vaz e Plínio Saraiva Melgaré**

### COMENTÁRIOS

---

A partir da questão proposta, tem-se o seguinte:

- A. Nos termos da doutrina brasileira tradicional, os fatos jurídicos, em uma primeira classificação, dividem-se em:**

1. *conformes ao direito (lícitos)*: fatos que se materializam em conformidade com as prescrições jurídicas, consubstanciando afirmativamente a normatividade jurídica;
2. *contrários ao direito (ilícitos)*: fatos cuja materialização representa a violação da ordem jurídica. São aqueles contrários à normatividade jurídica. No dizer de Pontes de Miranda, “quando o fato contrário ao direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude”.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> *Tratado de direito privado – Parte Geral*. T.: II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1970, p. 193.

Em sentido amplo, o ato ilícito corresponde a qualquer conduta humana (ação ou omissão<sup>59</sup>) contrária ao direito, cujos efeitos nocivos, danosos, devem ser reparados, desfeitos ou removidos. Essa reparação, por exemplo, pode dar-se pela indenização, pelo ressarcimento pecuniário.

*Lato sensu*, a ilicitude corresponderá a uma circunstância fática relevante para o direito que, de modo distinto, produzirá, além da possibilidade de indenização, a(s) seguinte(s) consequência(s):

1. a perda de um direito,<sup>60</sup> ou
2. a invalidade de um ato jurídico.<sup>61</sup>

Em sentido estrito, os atos ilícitos são aqueles em que o comportamento humano é culposo e contrário ao direito, repellido pela indenização. A fórmula genérica dos ilícitos *stricto sensu* encontra-se no artigo 186 do Código Civil Brasileiro (CCB). A distinção entre os ilícitos *lato sensu* e *stricto sensu* repousa, sobretudo, na violação, ofensa, com culpa da regra jurídica.

Nos termos do artigo 186 do CCB, *ato ilícito* é aquela ação humana, voluntária ou involuntária, que viola o direito de outro, causando dano (patrimonial ou moral). O dever de indenizar surge posteriormente ao ato ilícito, i.é., o ato ilícito é anterior à obrigação de indenizar. Daí que os elementos que compõem o ato ilícito afirmam-se como pressupostos da responsabilidade civil. Por via de consequência, ausente algum desses elementos, não haverá a responsabilidade civil derivada da aplicação do artigo 186 do CCB.

Recortam-se, desse enunciado legal, os seguintes elementos constituintes do ato ilícito:

1. FATO: o primeiro aspecto a ser caracterizado é algo ocorrido na vida humana capaz de ensejar dano, i. é., o evento causador do dano. Nesse sentido, os mais diversos acontecimentos podem causar danos. Desde os fatos praticados pelo próprio sujeito, praticados por animais, por terceiros até fatos derivados de coisas perigosas relacionadas a uma pessoa.

As pessoas são responsáveis pelos atos praticados. E se desse ato resulta um dano, a pessoa que o praticou deverá por ele responder. Esse fato praticado pelo sujeito, essa conduta humana, esse comportamento humano que enseja uma ilicitude pode derivar:

- A. de uma ação deliberada:** quando o agente intencionalmente quer desrespeitar a ordem jurídica. Há, na ação do sujeito, o propósito de violar o direito de outrem e produzir o resultado danoso. Nesse contexto, fala-se em dolo, que se “traduz em um comportamento malicioso levada a cabo com a intenção de causar um dano ou a um prejuízo a outro”,<sup>62</sup>
- B. de um comportamento não deliberado:** sem intenção, o sujeito viola o direito de outro e causa dano. Nessa circunstância, fala-se em culpa.<sup>63</sup> O sujeito descuida-se e acaba por cometer o ilícito. Na culpa, ocorre uma negligência, imprudência ou imperícia por parte do sujeito, que, assim, viola o direito.

<sup>59</sup> Importa destacar que a omissão se afigura relevante para o direito nos casos em que há o dever jurídico de agir.

<sup>60</sup> Por exemplo: a perda do poder familiar.

<sup>61</sup> Por exemplo: a nulidade de um ato diante da incapacidade absoluta do agente.

<sup>62</sup> Tradução livre de Jose Luis de los Mozos, *Derecho civil – método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas, 1988, p. 372.

<sup>63</sup> Note-se que, conceitualmente, culpa, em sentido amplo, abrange o conceito de dolo. “Culpa é aqui, em sentido lato, qualquer comportamento injusto, quer seja um fato positivo, quer negativo, quer um fato praticado com o deliberado propósito de prejudicar outrem ou de violar a esfera jurídica alheia, quer um fato praticado sem tal propósito e consistente em uma negligência. Abraça, pois, tanto o dolo como a culpa [...]”. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. 3. ed. S. Paulo: Saraiva, 1973, p. 389. v. III.

Na distinção entre o dolo e a culpa, tem-se o primeiro como *infração consciente do dever preexistente ou a infração da norma com a consciência do resultado, a segunda como violação desse dever sem a consciência de causar dano*.<sup>64</sup>

Observa-se que a conduta humana omissiva igualmente pode constituir-se em um ilícito. Contudo, nos termos do referido em nota anterior, exige-se o dever jurídico de agir para evitar o efeito danoso. Afinal, a omissão acarretará em responsabilidade se existir *o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a prática, o dano poderia ser evitado*.<sup>65</sup> Logo, não caracterizado o dever jurídico de agir, que pode decorrer de disposição legal ou de convenção, não há de se falar em responsabilidade por omissão.

Por vezes, contudo, a ilicitude se originará não por fato praticados pelo próprio sujeito, mas por fatos praticados por um terceiro.<sup>66</sup> Assim, afasta-se da pessoa causadora do dano, alcançando-se outra, desde que o agente a ela esteja vinculado por alguma relação jurídica. Citando Trabucchi, Caio Mário explica que a responsabilidade por fato de outrem – ou pelo fato das coisas – se dá *quando a lei chama alguém a responder pelas consequências de fato alheio*.<sup>67</sup> Nessa hipótese, pois, quem responderá pela ilicitude não será o próprio agente, mas quem a lei assim designar. É o que se encontra no artigo 932 do CCB. Acrescente-se, ainda, a partir do artigo 942 do CCB, que se estabelece uma responsabilidade solidária entre o terceiro e o sujeito causador do dano. Releva observar, por fim, nos termos do artigo 933 do CCB, que a responsabilidade civil por fato de terceiro é objetiva, ou seja, independe de culpa.

2. NEXO DE IMPUTAÇÃO: a uma primeira vista, percebe-se que a ilicitude decorre de uma contrariedade ao direito, de uma violação à normatividade jurídica, o que é um dado objetivo. A complementar essa noção, tem-se em causa um elemento (subjetivo) que aponta o sujeito responsável pelos danos causados a alguém. O nexo de imputação, pressuposto da culpabilidade, é o elemento que estabelece o liame entre o fato danoso e o sujeito responsável pelo fato. Tem-se que o fato deve estar vinculado a alguém – isso é o nexo de imputação. Conforme destaca Fernando Noronha,<sup>68</sup> em regra, o fundamento dessa imputação será um agir culposos, e, excepcionalmente, poder-se-á encontrar uma imputação pelo risco. E, então, para concluir, pode-se falar em um nexo de imputação subjetivo pela culpa e um nexo de imputação objetivo pelo risco.
3. DANO (PATRIMONIAL OU MORAL): em relação ao dano, importa destacar que, para ser passível de ressarcimento, deve ser atual e certo. *Certo* é o dano determinado ou determinável; *atual* é aquela lesão a um bem juridicamente protegido, ocorrida ao tempo da responsabilização.
4. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O DANO: note-se que, para a caracterização de um ato ilícito, exige-se um nexo de causalidade entre a ação humana e o dano, que vem a ser a lesão a um bem jurídico. Assim, faz-se necessário encontrar-se um elo entre o dano e o fato que o gerou.

Na situação apresentada, os elementos do ilícito civil estão presentes, destacando-se, pois, a ocorrência de um dano moral, que, nada obstante a sua amplitude conceitual, pode ser compreendido como

<sup>64</sup> MÁRIO, Caio. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 657. v. I.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. S. Paulo: Saraiva, 2010, p. 59. v. 4.

<sup>66</sup> Fatos próprios ou praticados por terceiros não esgotam os fatos que ensejam a responsabilidade civil. Pense-se, por exemplo, a responsabilidade por fatos danosos provocados por animais, em que se estabelece uma responsabilidade objetiva do dono ou detentor do animal, nos termos do artigo 936 do CCB.

<sup>67</sup> MÁRIO, Caio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 93.

<sup>68</sup> *Direito das obrigações – fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 472. v. I.

“uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.<sup>69</sup> Em um sentido mais amplo, pode-se pensar em dano moral nos casos em que há uma violação à dignidade humana.

**B. A instituição de ensino poderá ser responsabilizada civilmente, tratando-se de responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 932, IV, e 933, I, do CC.**

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos **onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação**, pelos seus hóspedes, moradores e **educandos**;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Da mesma forma, se se fosse perquirir tratar de escola da rede pública (Estadual ou Municipal), ou escola particular, a responsabilidade existiria, mas os diplomas próprios seriam o art. 37, §6º, da Constituição Federal, ou Código de Defesa do Consumidor, art. 12 e 14, respectivamente.

A instituição de ensino, portanto, é responsável pelos atos que ocorram no interior do estabelecimento, mesmo que a ofensa a bem jurídico, *in casu*, direito à honra e à intimidade, tenha se dado por alunos deste (ato de terceiro) e não pelos profissionais que lá trabalham. Isto porque, enquanto os alunos estão na escola, o dever de vigilância e até mesmo o dever de guarda das crianças e adolescentes, que é inerente aos pais ou outros responsáveis, se transfere a esta. E este dever se estende a tudo que diga respeito à integridade física e moral dos estudantes.

A escola deveria ter adotado todas as providências necessárias para impedir a violação de direitos da personalidade de aluno seu. Não o fazendo, responde pelos danos causados à vítima.

Além da previsão legal este é o entendimento da doutrina pátria, como, por exemplo, quando Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Aguiar Dias refere: “a ideia de vigilância é mais ampla do que a educação, devendo entender-se que essas pessoas respondem pelos atos dos alunos e aprendizes, durante o tempo em que sobre eles exercem vigilância e autoridade”<sup>70</sup>.

Quanto às agressões propriamente ditas ao aluno vítima, por outro aluno, a doutrina segue na mesma trilha. Segundo Felipe Braga Neto,

as escolas são responsáveis por coibir essas práticas, podendo ser responsabilizadas pela omissão. Naturalmente que o dever de observação e zelo não se limita à sala de aula, sendo essencial, nesses casos, o cuidado com os intervalos, quando as agressões e humilhações ocorrem com maior frequência.<sup>71</sup>

Ementa: RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESCOLA DE ENSINO FUNDAMENTAL. *BULLYING*. AGRESSÕES E HUMILHAÇÕES. MENOR COM SÍNDROME DE DOWN. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO CONFIGURADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. A Administração Pública responde objetivamente pelos danos advindos de atos ou omissões de seus agentes, contra terceiros, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal. No caso, restou comprovada a responsabilidade extracontratual do Estado, porquanto demonstrado o evento danoso, bem como o nexo causal com a omissão do ente

<sup>69</sup> Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. S. Paulo: Atlas, 2015. p. 294.

<sup>70</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 159.

<sup>71</sup> BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173.

público. Inegável a ocorrência de *bullying* contra o menor, tendo em vista que as provas documentais carreadas, bem como os depoimentos das testemunhas, demonstram, cabalmente, que este sofria agressões e humilhações de crianças mais velhas no ambiente escolar. Presente o dever do Estado de promover o bom convívio dos alunos matriculados nas escolas, bem como a inclusão social das pessoas com deficiência. Diante da omissão estatal e comprovado onexo causal, resta caracterizado o dever de indenizar pelos danos extrapatrimoniais. Isto porque o dano moral é aquele que atinge o âmago de uma pessoa, os seus direitos de personalidade, de modo a causar dor, angústia, tristezas e sofrimentos, não se confundindo com os meros dissabores cotidianos. No entanto, o quantum indenizatório restou fixado em valor superdimensionado, merecendo redução, em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível nº 71004620498, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 28/11/2013).

### C. Quanto à responsabilidade penal, esta não procede em relação à instituição de ensino.

Isto porque se prática delitativa houve, esta deve ser atribuída a quem diretamente lesou o bem jurídico protegido em lei. *In casu*, a ofensa à honra e à intimidade do aluno foram atacadas pelo outro aluno, e não por profissionais ou responsáveis pela escola. Então este, se menor de 18 anos (inimputável), deve ser responsabilizado, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90).

Para o direito penal o autor é aquele que pratica o verbo-tipo e todo aquele que, com sua atitude, colabora para o resultado típico. Por esse conceito, não se faz distinção entre autor e partícipe a fim de aplicar a pena. Nesse sentido, o artigo 29 do Código Penal estabelece: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, embora exista, é para casos específicos previstos em lei própria, não se enquadrando o presente fato em tais hipóteses, como ocorre, por exemplo, na Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98).

Tal constatação não exclui, contudo, a possibilidade de a instituição de ensino instaurar procedimento administrativo para apurar a responsabilidade pela violação dos dados confidenciais do registro acadêmico da vítima. Havendo constatação de funcionário do estabelecimento envolvido, daí poderão ser adotadas providências, inclusive na seara criminal, contra este.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. S. Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. S. Paulo: Saraiva, 2010. vol. 4.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MOZOS, Jose Luis de los. *Derecho civil – método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas, 1988.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações – fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1970. T. II.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. 3. ed. S. Paulo: Saraiva, 1973. v. III.