

Direito

Elton Somensi de Oliveira
Elias Grossmann
(organizadores)

ENADE COMENTADO 2006

Direito



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Chanceler:

Dom Dadeus Grings

Reitor:

Joaquim Clotet

Vice-Reitor:

Evilázio Teixeira

Conselho Editorial:

Antônio Carlos Hohlfeldt

Elaine Turk Faria

Gilberto Keller de Andrade

Helenita Rosa Franco

Jaderson Costa da Costa

Jane Rita Caetano da Silveira

Jerônimo Carlos Santos Braga

Jorge Campos da Costa

Jorge Luis Nicolas Audy (Presidente)

José Antônio Poli de Figueiredo

Jussara Maria Rosa Mendes

Lauro Kopper Filho

Maria Eunice Moreira

Maria Lúcia Tiellet Nunes

Marília Costa Morosini

Ney Laert Vilar Calazans

René Ermaini Gertz

Ricardo Timm de Souza

Ruth Maria Chittó Gauer

EDIPUCRS:

Jerônimo Carlos Santos Braga – Diretor

Jorge Campos da Costa – Editor-chefe

Elton Somensi de Oliveira
Elias Grossmann
(Organizadores)

ENADE COMENTADO 2006
Direito



Porto Alegre
2009

© EDIPUCRS, 2009

Capa: Vinícius de Almeida Xavier

Preparação de originais: Elton Somensi de Oliveira e Elias Grossmann

Diagramação: Gabriela Viale Pereira

Revisão linguística: Clarice Beatriz da Costa Söhngen

Questões retiradas da prova do ENADE 2006 da área de Direito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56 ENADE comentado 2006 [recurso eletrônico] : direito /
Elton Somensi de Oliveira, Elias Grossmann
(Organizadores). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre :
EDIPUCRS, 2009.
106 p.

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader

Modo de Acesso: World Wide Web:

<<http://www.pucrs.br/edipucrs/enade/direito2006.pdf>>

ISBN 978-85-7430-904-0 (on-line)

1. Ensino Superior – Brasil – Avaliação. 2. Exame
Nacional de Cursos (Educação). 3. Direito – Ensino
Superior. I. Oliveira, Elton Somensi de. II. Grossmann,
Elias.

CDD 378.81

**Ficha Catalográfica elaborada pelo
Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS**



Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 33
Caixa Postal 1429
90619-900 Porto Alegre, RS - BRASIL
Fone/Fax: (51) 3320-3711
E-mail: edipucrs@pucrs.br
<http://www.edipucrs.com.br>

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
--------------------	---

COMPONENTE ESPECÍFICO

QUESTÃO 11	9
<i>Lígia Mori Madeira</i>	
QUESTÃO 12	11
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
QUESTÃO 13	13
<i>Wambert Gomes Di Lorenzo</i>	
<i>Fábio Cardoso Machado</i>	
QUESTÃO 14	18
<i>Lígia Mori Madeira</i>	
QUESTÃO 15	20
<i>Wambert Gomes Di Lorenzo</i>	
QUESTÃO 16	23
<i>Plínio Melgaré</i>	
QUESTÃO 17	28
<i>Orci Paulino Bretanha Teixeira</i>	
QUESTÃO 18	32
<i>Magda Azario Kanaan Polanczyk</i>	
QUESTÃO 19	39
<i>Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji</i>	
QUESTÃO 20	40
<i>Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji</i>	
QUESTÃO 21	42
<i>Henrique José da Rocha</i>	
QUESTÃO 22	44
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	
QUESTÃO 23	45
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
QUESTÃO 24	48
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	

QUESTÃO 25	50
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
QUESTÃO 26	53
<i>Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji</i>	
QUESTÃO 27	55
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	
QUESTÃO 28	61
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	
QUESTÃO 29	63
<i>Henrique José da Rocha</i>	
QUESTÃO 30	66
<i>Elias Grossmann e Rosa Maria Zaia Borges Abrão</i>	
QUESTÃO 31	69
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	
QUESTÃO 32	74
<i>Wambert Gomes Di Lorenzo</i>	
QUESTÃO 33	76
<i>Fábio Cardoso Machado</i>	
QUESTÃO 34	78
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
QUESTÃO 35	82
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
QUESTÃO 36	85
<i>Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji</i>	
QUESTÃO 37	87
<i>Maren Guimarães Taborda</i>	
QUESTÃO 38	96
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo</i>	
QUESTÃO 39	98
<i>Sonilde Kugel Lazzarin</i>	
QUESTÃO 40	103
<i>Cláudio Lopes Preza Júnior</i>	
LISTA DE CONTRIBUINTES.....	106

APRESENTAÇÃO

A avaliação como prática contínua deve estar incorporada à nossa vida acadêmica, não somente como exigência ou resultado de uma crescente demanda social, no sentido de conhecer o resultado avaliativo de alunos e instituições, mas também como forma de pensar alternativas e avançar na qualidade. Nesse contexto, encontram-se a avaliação institucional interna (docente e discente) e a externa.

Na dimensão externa da avaliação, conforme previsto pelo SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior), especial destaque merece o Índice Geral de Cursos (IGC) que compreende o intervalo de 1 a 5 e consiste em um indicador de qualidade das Instituições de Educação Superior (IES) tanto em nível de Graduação, onde é utilizado o Conceito Preliminar de Curso (CPC) quanto no nível de Pós-Graduação, que apresenta como parâmetro avaliativo a Nota Capes.

Esse CPC tem como base três Conceitos: o ENADE (Exame de Desempenho dos Estudantes), o IDD (Indicador de Diferença Entre o Desempenho Observado e Esperado) e as variáveis de insumo (corpo docente, infraestrutura e projeto pedagógico, mediante informações obtidas como o Censo da Educação Superior e o questionário socioeconômico do ENADE).

O ENADE é composto por uma prova, um questionário de impressões dos estudantes a respeito da prova, um questionário do estudante e um questionário do Coordenador do Curso/Habilitação. A prova é constituída por 40 questões, sendo 10 questões de formação geral e 30 questões de componente específico. É essencial a resposta a todas as questões, seja da prova e do questionário do estudante, de modo que o grau reflita efetivamente a realidade do curso.

A ideia e o esforço correspondido de envolver o corpo docente da Unidade na elaboração do presente ENADE Comentado tem como finalidade principal oferecê-lo como fonte de consulta para o conhecimento da prova, para a autoavaliação, para discussão de dúvidas e, acima de tudo, como recurso de aprendizado.

Agradeço de maneira muito especial a toda equipe da Faculdade de Direito, responsável pela elaboração do presente e-book.

Porto Alegre, setembro de 2009.

Fabício Dreyer de Ávila Pozzebon

Diretor da Faculdade de Direito da PUCRS

COMPONENTE ESPECÍFICO

QUESTÃO 11

Segundo as concepções teóricas de Karl Marx, é correto afirmar que

- (A) o direito não pode ser visto como uma superestrutura que justifica e mantém a dominação econômica, pois pertence à estrutura social básica.
- (B) as relações econômicas são independentes das relações jurídicas.
- (C) as relações de trabalho determinam as relações econômicas, mas não o contrário.
- (D) a alienação é produzida como consequência das crenças religiosas e, por isso, a modernidade, ao romper com a concepção teocêntrica de mundo, funda uma nova ordem.
- (E) as relações de dominação são anteriores ao capitalismo, mas o capitalismo fundou a idéia de dominação contratual.

Gabarito: E

Autora: Lígia Mori Madeira

Comentário:

- a) Na Teoria Marxista, Estado, Direito, Religião e Política compõem a superestrutura da sociedade, atuando como mecanismos ideológicos de controle e dominação, que mantêm a reprodução da estrutura social desigual; característica da sociedade capitalista. A assertiva é falsa por apresentar o direito como componente da infraestrutura que, na teoria de Karl Marx, é composta pelas relações econômicas.
- b) Na concepção teórica de Marx, as relações econômicas estão assentadas na legalidade e legitimidade produzidas pelas relações jurídicas; são, portanto, dependentes do direito, que lhes dá sustentação. A alternativa é falsa.
- c) No marxismo, são as relações econômicas que determinam o tipo de relação de trabalho existente no capitalismo. Para Marx, são as relações desiguais, marcadas pela exploração de uma classe social por outra e por contradições insolúveis entre as forças produtivas e as relações sociais de produção, que levarão tal modo de produção ao declínio. A alternativa apresenta uma ideia falsa.
- d) Quando Marx trata da alienação como um processo de estranhamento entre trabalhador e mercadoria, em decorrência da separação existente entre a

concepção e execução do trabalho no capitalismo, refere-se a um processo moderno em nada relacionado a concepções teocêntricas ou causado por apelo a crenças religiosas. A alternativa é falsa.

- e) Marx vê o capitalismo como uma “era” baseada em uma luta de classes marcada pela divisão da sociedade entre os detentores dos meios de produção e o proletariado. Esta relação de dominação funda-se, juridicamente, a partir de relações contratuais. Embora Marx analise esta característica inerente ao capitalismo, sustenta ser a história da humanidade marcada pela luta de classes, o que reforça a tese de que todos os modos de produção caracterizaram-se pela existência de relações de desigualdade e dominação. **Portanto, é a alternativa verdadeira.**

QUESTÃO 12

A _____, nascida com a Ilustração, teria privilegiado o universal e a racionalidade; teria sido positivista e tecnocêntrica, acreditado no progresso linear da civilização, na continuidade temporal da história, em verdades absolutas, no planejamento racional e duradouro da ordem social e política; e teria apostado na padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais da universalidade. Em contrapartida, a _____ privilegiaria a heterogeneidade e a diferença como forças liberadoras da cultura; teria afirmado o pluralismo contra o fetichismo da totalidade e enfatizado a fragmentação, a indeterminação, a descontinuidade e a alteridade, recusando tanto as "metanarrativas", isto é, filosofias e ciências com pretensão de oferecer uma interpretação totalizante do real, quanto os mitos totalizadores, como o mito futurista da máquina, o mito comunista do proletariado e o mito iluminista da ética racional e universal.

(CHAUI, Marilena. Público, privado e despotismo. In NOVAES, Adauto, org. *Ética*. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 346)

Os dois termos, suprimidos do texto acima, são, respectivamente,

- (A) antigüidade e modernidade.
- (B) modernidade e trans-modernidade.
- (C) modernidade e pós-modernidade.
- (D) endo-modernidade e pré-modernidade.
- (E) pré-modernidade e modernidade.

Gabarito: C

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário:

Para que se possa resolver adequadamente a questão, deve-se ter em mente como a história da Humanidade pode ser dividida. Assim, entre as diversas opções de divisão dos períodos históricos, temos aquela que procura distinguir os períodos da Antiguidade/Idade Média, Modernidade e Pós-Modernidade. No entanto, as características de cada período somente podem ser entendidas se o candidato tiver a correta percepção do primeiro período, isto é, da Antiguidade/Idade Média, para

então compreender o que significa a Modernidade e assim, a proposta da chamada Pós-Modernidade.

Em outros termos, embora a questão exija o conhecimento direto das características dos períodos Moderno e Pós-Moderno, o candidato terá uma capacidade muito maior de vislumbrar a resposta correta se conhecer as características do período da Antiguidade/Idade Média.

A partir do texto da autora Marilena Chauí, as características propostas na questão correspondem respectivamente ao período Moderno e ao período Pós-Moderno. O primeiro, com ênfase na crença absoluta da razão e linearidade temporal como traços distintivos. O segundo, por sua vez, representando uma descrença no absolutismo da racionalidade e propondo uma visão fragmentada e descontínua do tempo.

Desse modo, a alternativa que preenche corretamente os espaços em branco é a letra “C”, isto é, modernidade e pós-modernidade¹.

¹ Para uma visão diferenciada sobre a proposta de divisão entre Modernidade e Pós-modernidade, ver também: GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências Da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

QUESTÃO 13

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo (...).

Este trecho, extraído de uma obra clássica da filosofia ocidental, trata de uma discussão da justiça considerada como

- (A) simetria, dentro da filosofia estética de Platão.
- (B) valor, no tridimensionalismo de Miguel Reale.
- (C) medida, dentro da concepção rigorista e positivista de Hans Kelsen.
- (D) virtude, dentro do pensamento ético de Aristóteles.
- (E) contradição, na oposição dialética entre justo e injusto, no pensamento de Karl Marx.

Gabarito: D

Autor: Wambert Gomes Di Lorenzo

Comentário 1:

O texto é extraído da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, para quem a justiça, antes de tudo, é uma virtude e, como virtude, é um hábito que leva ao bem.

Segundo o Filósofo, virtude é um estado médio entre vícios, um de excesso e outro de escassez. Aristóteles afirma que *A virtude é um estado médio no sentido de que almeja atingir o meio, (...) o excesso e a deficiência são marca do vício, e a observância do meio é uma marca de virtude.*² O excesso e a deficiência impedem a perfeição. Para ele, o moralista encontrará a virtude do modo que um geômetra encontra o ponto equidistante: *“É uma tarefa dura ser bom, pois é difícil descobrir o ponto médio de qualquer coisa; por exemplo, nem todos conseguem encontrar o centro de um círculo, só quem conhece geometria”.*³ O vício, portanto, se dá por omissão ou excesso. Assim, por exemplo, nos dois extremos da coragem temos a covardia (que é insuficiência de coragem) ou audácia (que é coragem em demasia). Ainda, nos extremos da virtude de bem dispor dos bens (generosidade), está a avareza ou a prodigalidade e assim por diante.

² *Ética a Nicômaco* 1106b.

³ *Ética* 1109 a. Apud: KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 117.

Enquanto virtude, Aristóteles define justiça como *aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo*.⁴ Virtude política, por excelência. Em sentido estrito, justiça é aquele hábito que ordena a vida na *polis*. Como toda virtude, a justiça não tem valor em si mesma, mas no bem para qual ela orienta. Neste sentido, Aristóteles entendia que a justiça era uma virtude completa.⁵

Aristóteles⁶ classifica a justiça em total e particular⁷. A justiça total – ou geral – está ligada à lei; a justiça particular é norteadada pela noção de igualdade.⁸ A justiça particular é dividida em distributiva e corretiva, havendo ainda uma justiça doméstica distinta das demais.

A justiça distributiva é a justiça do legislador. Ela objetiva distribuir os bens da comunidade com igualdade, mas uma igualdade proporcional ou geométrica e não aritmética, cabendo ao legislador partilhar todos os bens divisíveis. Nas palavras de Aristóteles: *o justo é uma espécie de termo proporcional*.⁹ Ele exemplifica afirmando que, para os democratas, o critério de distribuição é a condição de homem livre; para os oligarcas, a riqueza ou a origem nobre; e, para os aristocratas, as qualidades de cada um.¹⁰ É a partir do modelo político no qual estará inserido, que o legislador empregará os critérios de distribuição e repartirá proporcionalmente o que é comum. A justiça distributiva trata da relação do todo com a parte, da relação do que é comum a cada uma das pessoas.¹¹

Trata-se de uma proporção geométrica, que não é contínua, pois não oferece um termo único que represente uma pessoa ou coisa.¹² Se dois indivíduos são iguais, a distribuição entre eles será feita igualmente; se são desiguais, o justo é a

⁴ *Ética a Nicômaco*. 1129a.

⁵ (...) *quem a possui pode exercer a virtude não só sobre si mesmo, mas sobre seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer suas virtudes em assuntos privados, porém não em suas relações com os outros*. *Ética a Nicômaco*. 1129b, 30.

⁶ De forma mais geral e descritiva, Cf. Di LORENZO, Wambert. O Conceito de Justiça em Aristóteles. *Direito e Justiça*, v. 21, ano XXII, 2000/2. p. 145-162.

⁷ Cf. *Ética a Nicômaco*. 1130 a – 1131 a 5.

⁸ Cf. DESPOTOPOULOS, Constantin. Les concepts de juste et justice selon Aristote. *Archives de Philosophie du droit*. Paris: no. 14, p. 304. 1969.

⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1331a 30.

¹⁰ Cf. Id. *Ibid.* 1331a, 25.

¹¹ Cf. AQUINO, Tomás de. *Summa Theologiae*. II-II, q 61, a. 1 res.

¹² Cf. *Ética* (cit.). 1131b 10.

razão, é a igualdade entre as razões de cada indivíduo com o bem que lhe foi conferido.

Na justiça distributiva, se dá algo a uma pessoa privada enquanto o que é do todo é devido à parte. Por isso, o justo não é considerado como uma igualdade de coisa a coisa, mas de acordo com uma proporção das coisas às pessoas, considerado a partir de um tipo de proporcionalidade em que a igualdade não é de quantidade, mas de proporção. Assim sendo, a justiça distributiva relaciona pessoas a coisas.

Já a justiça corretiva, segundo Aristóteles, é a justiça do juiz, que julga casos de transações voluntárias e involuntárias, infligindo punições e solucionando disputas. Também busca a igualdade, não através de uma proporção geométrica, mas aritmética. Enquanto justiça particular, ela iguala os homens perante a *polis*, não os relacionando entre si, nem às coisas – como na distributiva –, mas relacionando as coisas entre si, sem importar se um homem virtuoso defraudou um mau ou vice-versa; aplicando-a, o juiz tentará buscar a igualdade diminuindo a perda e subtraindo o ganho. Aristóteles chega a fazer um jogo de palavras, afirmando que a *díxa* (divisão em duas partes iguais) é a missão do *dikatis* – juiz –, que também pode ser considerado um *díxa'stis*, ou seja, aquele que divide no meio.¹³ Como o justo é um meio-termo, o juiz busca um ponto intermediário entre a perda e o ganho; o igual entre o menor e o maior.

A justiça geral está ligada à lei, assim como a injustiça geral corresponde à injustiça contrária à lei.¹⁴ A lei estabelece os deveres em relação à comunidade, ou seja, aquelas ações devidas à comunidade para que ela realize seu bem comum. De sorte que as ações legais são devidas à comunidade enquanto ações justas, porquanto dão à comunidade aquilo que lhe é devido.¹⁵ É chamada de *geral* porque abrange todos os atos devidos à comunidade, independente da sua natureza.¹⁶

À justiça geral Tomás de Aquino deu o nome de *justiça legal*. Justifica afirmando que à lei compete ordenar o homem ao bem comum, e, por essa modalidade de justiça, é que o homem se submete à lei que orienta todos os atos e

¹³ Cf. *Ética a Nicômaco*. 1132a 25 – 30.

¹⁴ Cf. DESPOTOPOULOS, Constantin. Les concepts de juste et justice selon Aristote. *Archives de Philosophie du droit*. Paris: no. 14, p. 304. 1969.

¹⁵ Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social* (cit.). p. 114.

¹⁶ Cf. Id. *Ibid*.

todas as virtudes ao bem comum.¹⁷ E, enquanto ordena ao bem comum, também pode ser chamada de *virtude geral*.¹⁸ Assim sendo, ferir a lei denota um vício especial, um tipo de injustiça que visa a um objeto especial a que ela despreza e ofende: o bem comum.¹⁹ Desse modo, o que distingue a justiça legal da justiça particular é o sujeito credor do ato;²⁰ pois, ordenando o homem em suas relações com outrem, pode considerá-lo de duas maneiras: *com outrem, considerado singularmente; ou com outrem, em geral, considerando que quem serve a uma comunidade, serve a todos os indivíduos que a ela pertencem*.²¹

Outrem, considerado em geral, é o sujeito da justiça legal. Não se trata de um *todo social* ou da comunidade em si. O credor da justiça legal são todos os membros da comunidade, porquanto seu objeto específico é o bem comum²² que é o *bem de todos e de cada um*.

Referências:

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

Di LORENZO, Wambert. O Conceito de Justiça em Aristóteles. *Direito e Justiça*, v. 21, ano XXII, 2000/2. p. 145-162.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual a Racionalidade?* Rio de Janeiro: Loyola, 1991.

Autor: Fábio Cardoso Machado

Comentário 2:

O trecho em questão reproduz um excerto do Livro V da *Ética a Nicômaco*, o principal tratado de ética de Aristóteles. É possível identificar a autoria do texto em razão do critério utilizado para a definição da justiça – “A justiça é uma espécie de *meio-termo*” –, e por ser a justiça considerada uma virtude – “*não no mesmo sentido que as outras virtudes*”.

Aristóteles distingue duas classes de virtudes: as virtudes do intelecto, ou dianoéticas, que dizem respeito à excelência das nossas distintas capacidades de

¹⁷ Cf. Tomás de Aquino. S. T. II-II, q 58, a. 5, res.

¹⁸ Cf. S. T. II-II, q 58, a. 5, res. 3.

¹⁹ Cf. Id. Ibid. q 59, a. 1, res.

²⁰ Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social* (cit.). p. 115.

²¹ Tomás de Aquino. S. T. II-II, q 58, a. 5, res.

²² *Com efeito, como a caridade pode ser chamada virtude geral enquanto ordena os atos de todas as virtudes ao bem divino, assim também a justiça legal, enquanto ordena os atos de todas as virtudes ao bem comum.* Tomás de Aquino. S. T. II-II, q 58, a. 6, res.

conhecer – conhecer o que e como as coisas são (sabedoria, *sophia*), e como devemos agir (prudência, *phronesis*); e as virtudes do caráter, ou éticas, que expressam a nossa excelência moral, a nossa disposição para o bem.

Segundo Aristóteles, as virtudes éticas nos fazem perseguir os fins certos, ou o bem. Já a prudência é a virtude da razão que nos permite identificar a ação particular através da qual realizamos, numa circunstância determinada, um fim bom. Ou seja, a virtude ética consiste em uma espécie de disposição para o bem, e precisa ser complementada pela capacidade racional de discernir o modo de realizá-lo através da ação.

A filosofia prática de Aristóteles caracteriza as virtudes éticas por referência à idéia de justo-meio, que é o traço distintivo da ação reta, ou boa. A virtude implica a capacidade de moderar os nossos impulsos e emoções, de forma a não incorrerem em extremos. Por isso, se diz que as virtudes éticas permitem moderar as tendências e os impulsos da parte sensitiva da alma. São tão numerosas quanto os impulsos e os sentimentos que a razão deve moderar. Segundo Aristóteles, não há virtude no excesso ou na falta; virtude implica a justa proporção, o meio-termo, o justo-meio entre os extremos. A coragem, por exemplo, é o meio-termo entre a temeridade e a covardia, ou seja, o justo-meio imposto ao sentimento de medo, que, privado de controle racional, pode degenerar, num extremo, em covardia, e no extremo oposto, em temeridade.

A justiça, por sua vez, está no justo-meio na repartição dos bens, das vantagens, dos ganhos, assim como dos males e das desvantagens. Para Tomás de Aquino, como para os romanos, é a vontade perpétua e constante de dar a cada um o que é seu, o seu *ius*, a sua parte. Trata-se de uma virtude relacional, pois consiste na disposição de dar aos outros, e de tomar para si, apenas o que é devido, nem mais nem menos. O homem justo não quer para si mais do que lhe é devido, e não rejeita aos outros aquilo que lhes é apropriadamente devido; é aquele que, por disposição própria, e não por coerção, ameaça ou interesse, dá a cada um o que é seu, o que lhe é devido, ou seja; pratica, por escolha própria, o que é justo, conforme se lê no texto comentado, indicando tratar-se de uma obra em que a justiça é considerada como virtude, tal como propôs Aristóteles, no tratado no qual o parágrafo reproduzido foi encontrado.

QUESTÃO 14

A coisa é muito distinta no Estado nacional, o único no qual pode prosperar o capitalismo moderno. Funda-se na burocracia profissional e no direito racional.

(WEBER, Max. *Sociologia del derecho*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 242nossa tradução).

A partir da leitura do texto acima, NÃO pode ser atribuída ao pensamento de Max Weber a

- (A) dependência do capitalismo moderno com relação ao Estado nacional.
- (B) teoria funcionalista do Direito como sistema autopoietico, ao lado de outros subsistemas sociais.
- (C) concepção de que o Direito racional substitui a moral e a religião no regramento da vida social.
- (D) idéia de que a burocracia estabiliza um modo de dominação novo na história.
- (E) diferenciação dos sistemas sociais, com crescente processo de laicização e de juridificação na justificação do poder.

Gabarito: B

Autora: Lúgia Mori Madeira

Comentário:

- a) Max Weber analisa as relações existentes entre o capitalismo, a burocracia e o Estado moderno. Em sua obra, o desenvolvimento capitalista é dependente do fomento dado pelo Estado e pela legitimidade produzida pela racionalidade legal do direito, que garante liberdade, previsibilidade e segurança jurídica, impulsionando as relações econômicas.
- b) Max Weber funda a corrente compreensiva da sociologia, caracterizada pela supremacia dada à análise da ação e das motivações individuais. Nesta concepção o indivíduo, como sujeito reflexivo, é visto com prioridade. Em oposição, teorias funcionalistas ou sistêmicas caracterizam-se pela visão de uma sociedade anterior, pré-existente e externa aos indivíduos. Tais teorias, fundadas pelo sociólogo clássico Émile Durkheim, assumem novas características, como a autopoiesis, na teoria contemporânea de Niklas Luhmann. **Portanto, é a questão falsa.**

- c) Na teoria sociológica de Max Weber, há conceituação a respeito dos tipos ideais de ação e de dominação tradicionais, afetivo-carismáticos e racionais-legais. O autor sustenta que ao longo da modernidade, o processo de racionalização levou a uma substituição dos padrões de legitimidade construídos via moralidade, no entanto, em sua clássica obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, Weber apresenta a ética religiosa envolta às ações racionais com relação a valores como características da modernidade e impulsionadoras do desenvolvimento capitalista. É certo que a forma dominante de dominação é a racionalidade legal, construída a partir dos estatutos jurídicos, mas há que se ter presente esta análise realizada pelo autor quanto ao papel da religião e da ética de trabalho.
- d) Sem dúvida na obra weberiana o processo de racionalização e burocratização típico da modernidade constitui um novo modelo de dominação na história. Este modelo, chamado de racional-legal, funda-se na aceitação obtida com a legalidade (a obediência assenta-se na existência da lei) construindo novas bases de legitimidade para as sociedades modernas.
- e) Weber sustenta o desenvolvimento de um processo de laicização e juridificação do poder, cuja justificação dá-se perante bases legais. Sua teoria baseia-se na legitimação pelo procedimento, ou seja, são critérios formais e técnicos que produzem a aceitação e a obediência. Apesar de verificar na modernidade a tendência à racionalização, Max Weber teme a intensa burocratização, que irá minar outras possibilidades de ação social, construindo a alegoria da “gaiola de ferro da burocracia”, que encerraria todas as relações sociais. Mais tarde, autores como Luhmann retomam tese da legitimação pelo procedimento para sustentar uma autonomização e diferenciação entre os sistemas sociais na modernidade; ao mesmo tempo em que autores como Habermas farão a crítica de tal laicização, pela perda de conteúdos morais e éticos por parte dos sistemas jurídicos, defendendo a necessidade de uma autonomia ético-procedimental para o direito.

QUESTÃO 15

Não há, em suma, um direito justo no céu dos conceitos platônico, e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar. O problema do Direito Natural não é descobrir esse celestial livro de mármore onde, gravadas a caracteres de puro ouro, as verdadeiras leis estariam escritas, e que, ao longo dos séculos, sábios legisladores terrenos não conseguiram vislumbrar.

(CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 94)

Considerando as reflexões contidas no texto, é possível afirmar sobre os direitos humanos na atualidade:

- (A) a afirmação histórica dos direitos humanos, desde o jusnaturalismo, se iniciou apenas muito recentemente, no final do século XX, por isso ainda são desconhecidos dos juristas.
- (B) o grande problema dos direitos humanos é o de que não estão positivados, por isso não são efetivados.
- (C) o problema atual dos direitos humanos é o de que, apesar de positivados e constitucionalizados, carecem de ser efetivados.
- (D) o problema atual dos direitos humanos é o de sua fundamentação lógica, na medida em que ainda são considerados deduções teológicas ou frutos de conjunturas econômicas.
- (E) os direitos humanos são, em todas as suas manifestações, garantias negativas da cidadania, por isso não carecem nenhum tipo de prestação econômica por parte do Estado.

Gabarito: C

Autor: Wambert Gomes Di Lorenzo

Comentário:

A questão apresenta certa dissonância entre o enunciado e o gabarito oficial, bem como entre aquele e as alternativas propostas.

Quanto ao enunciado, vale comentar que o Direito natural não consiste numa tábua de preceitos pré-estabelecidos, mas de regras racionalmente dedutíveis da natureza das coisas, de premissas universalmente válidas, transcendentais ao sujeito, emanadas do objeto que, no plano do conhecimento, chamar-se-á também de realismo jurídico.

Destarte, as normas fundadas no Direito natural não se dão *a priori*, como uma iluminação no sujeito, mas decorrem sempre do objeto. Assim, se afirma a possibilidade de normas que emanam da realidade objetiva e que têm força normativa, sem necessariamente terem sido positivadas, pois são anteriores ao *Direito posto* e também constituem seu fundamento.

Princípios do Direito Natural pela sua validade universal e por sua auto-evidência, se consolidaram como princípios gerais do Direito. A notar, os princípios gerais do Direito presentes na boa parte dos códigos, são os próprios princípios do Direito Natural.²³

Devemos aos Estóicos a primeira doutrina do Direito Natural como justificadora do Direito Positivo. Apesar de não ter havido um divórcio entre política e religião ou um abandono da religiosidade (fundamental na elaboração da idéia de Direito), houve uma laicização do Direito a partir de Aristóteles, pela qual a promulgação das leis e sua revogação passaram a ser assuntos humanos. A racionalização do Direito grego não seria possível sem o abandono da idéia de que as leis são tradições herdadas ou reveladas exclusivamente pelos deuses.

Quanto à alternativa proposta, a assertiva sintetiza a preocupação de Norberto Bobbio que, partindo de sua perspectiva normativista e historicista coloca a fundamentação e a eficácia como problemas centrais da questão dos Direitos Humanos. Ou seja, o Direito é pura norma que encontra sua construção e legitimidade se fundam no processo histórico.

Quer dizer que o conteúdo dos direitos humanos é variável no decorrer do tempo. Daí sua conclusão que os direitos humanos carecem de mais eficácia que fundamentação, porquanto essa seria impossível.

Entretanto, haveria mais conformidade entre o enunciado e o gabarito se esse dissesse respeito ao pensamento de Miguel Reale que, pelo seu historicismo-cultural guarda certa proximidade do pensamento de Bobbio mas que, entretanto, conserva uma idéia de Direito natural segundo a qual não há um Direito natural

²³ Cf. PAUPERIO, A. Machado. **Introdução Axiológica ao Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 159.

transcendente e a-histórico, mas *invariantes axiológicas*, constantes e inamovíveis, presentes na própria essência da natureza humana.²⁴

Referências:

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992

Di LORENZO, Wambert. Do totalitarismo ao Direito Natural, uma experiência ética na virada do Milênio. In: POZZOLI, Lafayette & LIMA FILHO, Alceu de Amoroso. *Ética no novo milênio: em busca do sentido*. São Paulo: LTR, 2004.

REALE. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5. ed. 1994.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MASSINI CORREAS, Carlos. **Filosofia del Derecho: El derecho e los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

²⁴ “São constantes axiológicas transcendentais do Direito, porquanto, no fundo, foram elas que tornaram a experiência jurídica possível.” (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5° ed. 1994. p. 109.)

QUESTÃO 16

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de controle

- I - concentrado e produz efeitos *erga omnes* e vinculantes, por força de disciplina constitucional.
- II - concentrado e produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, por força de disciplina legal.
- III - difuso ou concentrado e produz efeitos *inter partes* e vinculantes por força de disciplina constitucional e legal.
- IV - concentrado e pode produzir efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, conforme disciplina legal.

Estão corretas as afirmações contidas nos incisos

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

Gabarito: B

Autor: Plínio Melgaré

Comentário:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que é um dos meios de controle de constitucionalidade pátrio, encontra-se prevista no texto constitucional (alínea “a”, inciso I do artigo 102)²⁵, bem como na Lei 9.868/99.²⁶ O escopo da Ação Direta de Inconstitucionalidade é retirar do sistema leis ou atos normativos que contrariem a Constituição, ou seja, promover, por meio da ADI, a exclusão de leis ou atos normativos inconstitucionais.

²⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

O texto integral da Constituição Federal pode ser acessado no seguinte endereço: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

²⁶ O texto integral da Lei encontra-se disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm

Controlar a constitucionalidade de uma lei significa verificar a sua adequação com a Constituição. Portanto, examinar se há uma relação de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo com a Carta Magna do País. Considerada a supremacia da Constituição, exige-se a adequação de todas as demais normas jurídicas ao texto constitucional, sob pena de tais normas serem invalidadas.

Quanto ao momento de sua ocorrência, o controle de constitucionalidade pode ser: *preventivo* ou *repressivo*. O *preventivo* é aquele realizado antes da própria existência formal da lei, sendo, pois, o controle realizado durante o processo legislativo. Isso ocorre, por exemplo, com a análise do projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça, presente nas Casas Legislativas. Ocorre, igualmente, pela própria análise do projeto de lei no plenário das casas legislativas. Por fim, pode se dar por meio do veto apresentado pelo Chefe do Poder Executivo (art. 66, par. 1º da CF). O controle *repressivo* é aquele que se dá pela atuação do Poder Judiciário,²⁷ que fiscalizará a compatibilidade de normas editadas com a CF.

Quanto ao órgão, há um *controle político*,²⁸ realizado por um órgão de natureza política, e um *controle jurisdicional*, realizado pelo Poder Judiciário. Esse controle jurisdicional conhece as seguintes espécies, de acordo com os aspectos comentados:

1. Difuso: Tendo por origem os Estados Unidos da América, é o controle de constitucionalidade que concede a qualquer órgão do Poder Judiciário, diante de uma situação concreta, a prerrogativa de julgar a constitucionalidade da lei. Portanto, permite-se ao magistrado que, no julgamento de um caso concreto, recuse a aplicação de uma lei se considerá-la contrária à normatividade constitucional. Sublinhe-se que a questão constitucional integra o debate de modo incidental, não

²⁷ Excepcionalmente há duas situações em que o Poder Legislativo exerce o controle repressivo de constitucionalidade. São as previstas nos artigos 49, inc. V e artigo 62 da CF (no caso do Poder Legislativo não aprovar uma MP em razão de entendê-la inconstitucional)..

²⁸ Veja-se, por exemplo, o que acontece no Brasil com a possibilidade de veto dado pelo Chefe do Poder Executivo a um projeto de lei, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal, que assim estabelece: Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Ainda há um controle de constitucionalidade político realizado pelo próprio Poder Legislativo que analisa a constitucionalidade dos projetos de lei, de um modo mais específico, pelas Comissões de Constituição e Justiça.

integrando o núcleo da pretensão presente no caso. É um controle de constitucionalidade que ocorre diante de um caso concreto. Por via de consequência, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei - pela via do controle difuso - produzirá efeitos para as partes envolvidas no processo (efeito *inter partes*),²⁹ repercutindo, por regra, de modo retroativo (*ex tunc*), isto é, afetando a relação jurídica desde o seu início.

2. Concentrado: Por esse modelo, a prerrogativa para o julgamento da constitucionalidade da lei ou do ato normativo é exclusiva de um Tribunal Constitucional ou de um Tribunal superior. Por conseguinte, converge para um Tribunal o respectivo controle de constitucionalidade - daí dizer-se controle concentrado: um controle que se concentra em um Tribunal. Para o cumprimento desse modelo, são estabelecidas medidas judiciais próprias, aptas a permitir o julgamento da adequação das normas infraconstitucionais à Constituição. Neste quadro, insere-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Em uma ADI, o autor postula, diante do Supremo Tribunal Federal (STF), a manifestação do Poder Judiciário acerca da harmonia da lei ou ato normativo com a Constituição Federal (CF). Tal análise prescinde de um caso concreto,³⁰ é dizer, requer-se o exame em tese, em abstrato, da respectiva norma jurídica - independente de uma situação específica. Se procedente a referida ação, a norma objetada será declarada inconstitucional, perdendo a sua validade. A decisão que julga procedente a ADI tem efeito retroativo (*ex tunc*) e absoluto, isto é, válido para todos (*erga omnes*).³¹ De um modo excepcional, o Supremo Tribunal Federal reconhece às Ações Diretas de Inconstitucionalidade efeitos futuros (*ex nunc*). Em

²⁹ Para que esse efeito entre as partes seja estendido para todas as pessoas, faz-se necessário lançar mão de Recurso Extraordinário, para que o Supremo Tribunal Federal declare igualmente a inconstitucionalidade da lei em questão. Após essa decisão, deve o Senado Federal ser informado do julgamento para, mediante uma resolução, suspender a execução da lei havida por inconstitucional, nos termos do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

³⁰ Note-se o entendimento do STF: "Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade." (ADI 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-8-96, DJ de 19-9-97).

³¹ Leia-se o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

referência ao disposto no artigo 27 da Lei 9868/99,³² encontra-se jurisprudência³³ do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que os efeitos de uma ADI sejam prospectivos, ou seja, concernentes ao futuro.

O núcleo da ADI é a própria discussão sobre a constitucionalidade da lei ou do ato normativo e, decerto, objetiva o preservar da unidade do sistema jurídico, dada pela sua adequação ao texto constitucional. Em outras palavras, a controvérsia judicial firma-se na constitucionalidade ou não da norma, desvinculada de qualquer acontecimento fático. Podem ser objeto de uma ADI as espécies normativas previstas no art. 59 da CF,³⁴ bem como qualquer ato com natureza normativa. Caso a ADI tenha por objeto uma lei ou ato normativo federal ou estadual diante da Constituição Federal, a competência para julgá-la é originária do Supremo Tribunal Federal (STF).³⁵ Portanto, é atribuição do STF processar e julgar as ADIs cujo objeto seja lei ou ato normativo federal em face da CF. De outra parte, caso se questione a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal diante da Constituição Estadual, caberá ao Tribunal de Justiça do Estado promover o julgamento da referida ação, nos termos do § 2º do artigo 125 da Constituição Federal. Então, lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrarie a

³² Art. 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

³³ Veja-se o voto proferido pela Ministra Ellen Grace quando da decisão da ADI 3615, julgada em 30/08/06: decisão: "*Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação ex nunc dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos ex tunc. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos ex tunc não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contestase, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos **ex nunc** (grifo nosso) da declaração de inconstitucionalidade.*"

³⁴ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

³⁵ Conforme disposto na alínea "a", inciso I do artigo 102 da Constituição Federal.

Constituição do Estado deverá ser objeto de uma ADI, cujo julgamento é de competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

Em razão da própria natureza da ação e da gravidade que consiste a contrariedade à Constituição, não há prazo para a propositura de uma ADI. A esse propósito, manifestou-se o STF: "*Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial. O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360.*" (ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-95, DJ de 8-9-95)

Referências:

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Mártires Inocência e BRANCO, Gonet Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. S. Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. S. Paulo: Malheiros, 2008.

QUESTÃO 17

Dos seguintes trechos de textos legais, assinale o que NÃO expressa um elemento próprio de uma tendência evidenciada na última década do Direito administrativo brasileiro:

- (A) *Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º desta Lei.*
- (B) *Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.*
- (C) *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
- (D) *A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.*
- (E) *A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, [...] e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso.*

Gabarito: E

Autor: Orci Paulino Bretanha Teixeira

Comentário:

A **alternativa correta é a “E”**. O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, em seu art. 6º, estabelece que as atividades da Administração Pública obedecerão aos princípios do planejamento (inc. I do citado art. 6º). Em seu art. 7º, o referido Decreto, prevê que a “ação governamental obedecerá ao planejamento que vise promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b)

programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”. Expressa, portanto, a reforma administrativa da Administração Pública na década de 60.

O Decreto-Lei n. 200, entretanto, não foi abrangente. Não incluiu as concessionárias e as permissionárias de serviços públicos (descentralização por colaboração), que exercem administração indireta ou descentralizada. Também só considerou como empresas públicas e sociedades de economia mista as que praticam atividade econômica. Neste mesmo sentido, leciona Di Pietro³⁶. Meirelles³⁷, ao comentar acerca da Reforma Administrativa de 1967, refere que esta estabeleceu princípios fundamentais, preocupando-se em diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos e reduzir as despesas causadoras do *déficit* público. Prossegue o doutrinador afirmando que “para a obtenção desse fim foram editados decretos e leis, visando à extinção e privatização de órgãos e de entidades da Administração Federal, instituindo nova sistemática monetária e tributária e reorganizando a Presidência da República e os Ministérios”.

Com a Emenda Constitucional n. 19/1998, houve a implantação de uma nova Reforma Administrativa, surgindo a figura do Estado Gerencial em contraposição ao Estado Burocrático. Há, como nas palavras de Zimmer Júnior³⁸, “uma nova posição do Estado na economia, pautada pela transferência à iniciativa privada de atividades exploradas pelo setor público”. Deve, assim, o Estado apenas se ater em atividades em que a sua presença se mostra imprescindível. Para tanto, o ente público vem se afastando de algumas atividades, transferindo-as à iniciativa privada.

As alternativas “A”, “B”, “C” e “D” da questão proposta se referem às tendências atuais do Direito Administrativo brasileiro.

Quanto à **alternativa “A”**, o termo de parceria foi previsto no artigo 9º da Lei n. 9.790/99, que estabelece uma nova possibilidade de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, ou seja, entre o Estado e o terceiro setor. A Lei n. 9.790/99 dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.297.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 739.

³⁸ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 117.

disciplina o Termo de Parceria. A Lei em comento, portanto, visa facilitar a iniciativa privada para atividades de interesse público. Como bem comenta Zimmer Júnior³⁹, “o Estado monitora e apóia cada modelo na sua própria medida, disponibilizando recursos públicos para que a iniciativa privada também responda por compromissos típicos do Estado – são, na verdade, concretizações de diferentes formas de parceria entre o Estado e a sociedade.”

Em **relação à alternativa “B”**, na concessão administrativa, a qual tem seu conceito estabelecido pelo artigo 2º da Lei n. 11.079, de 2004, o Estado e os particulares assumirão a condição de usuários, adimplindo pelos serviços que lhes forem prestados, nos limites do seu consumo. Mais uma vez, demonstra-se a diminuição da intervenção do Estado em serviços tipicamente estatais, tais como, por exemplo, o aprimoramento da infra-estrutura do setor elétrico.

Referente à **assertiva “C”**, o princípio da eficiência foi expresso no texto constitucional com a Reforma Administrativa do Estado preconizada pela Emenda Constitucional n. 19, a qual objetivou trazer para o âmbito da gestão pública métodos de atuação tipicamente de gestão privada. Os demais princípios dispostos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal são princípios advindos do Estado Burocrático, o qual prioriza a organização e a administração do Estado, enquanto o princípio da eficiência surge quando do advento do Estado Gerencial, o qual prioriza a qualidade da Administração Pública, não se atendo demasiadamente à sua estrutura.

Afirmativa “D”: as autarquias em regime especial, pessoas jurídicas de Direito Público criadas por lei, são aquelas que apresentam maior autonomia em relação às demais autarquias. São autarquias que exercem o poder regulamentar e o poder de polícia administrativa fiscalizando e multando as empresas que prestam serviço público ou exercem atividade econômica. Como bem caracteriza Carvalho Filho⁴⁰, as características das autarquias em regime especial são: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira. São, portanto, as chamadas agências reguladoras que, conforme

³⁹ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. p. 253.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 413.

comenta Zimmer Júnior⁴¹, “surgem como decorrência do processo de desestatização, porque o Estado paulatinamente transfere à iniciativa privada um conjunto de atribuições e, ato contínuo, conforme previsão da própria Constituição Federal, passar a operar na condição de agente normativo e regulador.”

⁴¹ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. p. 207.

QUESTÃO 18

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão da qual se extrai o seguinte:

Tributário. IPTU e ITR. Incidência. Imóvel urbano. Imóvel rural. Critérios a serem observados. Localização e destinação. Decreto-lei no 57/1966. Vigência.

.....
.....
3. O Decreto-Lei no 57/1966, recebido pela Constituição de 1967 como lei complementar, por versar normas gerais de direito tributário, particularmente sobre o ITR, abrandou o princípio da localização do imóvel, consolidando a prevalência do critério da destinação econômica. O referido diploma legal permanece em vigor, sobretudo porque, alçado à condição de lei complementar, não poderia ser atingido pela revogação prescrita na forma do art. 12 da Lei no 5868/1972. 4. O ITR não incide somente sobre os imóveis localizados na zona rural do Município, mas também sobre aqueles que, situados na área urbana, são comprovadamente utilizados em exploração extrativa, vegetal, pecuária ou agroindustrial. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

(Resp no 472.628/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.08.2004, DJ de 27.09.2004 p. 310).

É possível concluir desse julgamento que

- (A) o imposto federal incide sobre imóvel localizado na zona urbana, estiver destinação agrícola.
- (B) o imposto municipal incidirá sempre sobre imóvel situado na zona urbana, qualquer que seja sua destinação.
- (C) o imposto federal e o imposto municipal incidem sempre cumulativamente sobre os imóveis destinados à atividade rural, se situados na zona urbana.
- (D) somente o imposto municipal incidirá sobre os imóveis rurais, mesmo que situados na zona urbana.
- (E) o imposto federal sempre incidirá sobre os imóveis urbanos, qualquer que seja sua destinação.

Gabarito: A

Autora: Magda Azario Kanaan Polanczyk

Comentário:

O ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural) é imposto federal previsto na Constituição de 1988, art. 153 inc. VI, e §4º. É regulamentado pela Lei

9.393 de 1996, cujo decreto do executivo regulamentador da lei é o Decreto n. 4.382/2002. Essa lei retira do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) a administração do imposto federal, atribuindo à Receita Federal tal competência. No Código Tributário Nacional (CTN), o ITR vem previsto, desde 25-10-1966, data de sua publicação, nos artigos 29 a 31.

O histórico do ITR é assim resumido por Aliomar Baleeiro, Direito Tributário, 11ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.232:

“O Imposto Territorial Rural foi criado pelos Estados-Membros mais desenvolvidos, no uso da competência concorrente e residual que lhes dava a Constituição de 1891. Até 1961, a Constituição de 1946 outorgou aos Estados (art. 19, n.º1) a competência para decretar impostos sobre “a propriedade territorial, exceto a urbana”. Esta última tocou aos Municípios (art. 29, n.º1). A Emenda Constitucional n.º5, de 21-11-1961, transferiu o imposto territorial rural aos Municípios de cuja competência os retirou o art. 1º da Emenda Constitucional n.º10, de 09.11.1964, para entregá-lo à União, que destinaria o produto aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida a tributação. O objetivo dessa Emenda consistiu em armar a União de potente instrumento de política fiscal para a reforma agrária e combate aos latifúndios improdutivos.(...)”

Como elemento espacial, tem-se a propriedade de imóvel rural, objeto de incidência do ITR, pois localizado em zona rural. Embora localizado sempre dentro da área de municípios há que se diferenciar, nos termos do CTN, lei 5.172 de 1966, o que é zona urbana e o que é zona rural. Este, aliás, um dos critérios – **critério da localização do imóvel (geográfico)** - a ser adotado para se saber quando incidir o ITR ou o IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana); **critério esse QUE NÃO FOI adotado pelo Julgado do STJ, objeto da questão 18 em comento**; o Julgado adota **o critério da destinação econômica do imóvel**. O candidato precisa se ater ao conteúdo do Julgado para responder adequadamente a questão.

O outro imposto tratado pela questão n. 18 é o IPTU. Trata-se de Imposto municipal, previsto na Constituição de 1988, art. 156, inciso I, e parágrafo 1º, bem como no artigo 182, parágrafo 4º, inciso II, da mesma Carta. De competência municipal, cada um dos municípios brasileiros deve legislar sobre o seu IPTU. O

IPTU está previsto no CTN em seus artigos 32 a 34. Note-se que o CTN cuida de indicar as situações que fixam a existência de zona urbana, deixando ao intérprete a identificação da zona rural, por exclusão. Veja-se o artigo 32, §§1º e 2º, do CTN.

O Julgado escolhido pela questão n. 18 em comento, data de 27-09-2004. Sobre a discussão acerca do critério a ser utilizado tanto para o IPTU quanto para o ITR destaca o autor E. Sabbag, Manual de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, p. 923, obra do ano de 2009 e pertinente ao tema em tela:

“(...) A dúvida era que, na vigência da lei n. 5.868/72, foi estabelecido o critério da “destinação econômica”; porém, toda a controvérsia acabou com o advento da Lei n. 9.393/96, seguindo, nessa esteira, o STF, de modo reiterado. Assim na caracterização do imóvel como rural ou urbano, prevalece o critério da localização, e não o critério da “destinação econômica”, à luz da jurisprudência majoritária e da inteligência dos arts. 29 e 32 do CTN”. O autor citado menciona o fim da controvérsia com base no advento da lei que regulamenta o ITR, Lei 9.393 de 1996.

A Questão 18 tem como única resposta correta a letra “A”.

A questão cuida de um importante julgado do STJ, em Recurso Especial, cujo excerto destaca tema controvertido ainda hoje nos tribunais. O tema cuida dos dois critérios – de localização e de destinação do imóvel – para fins de incidência de um ou outro imposto, de ITR ou de IPTU. Discute-se se o CTN recepcionado pela Constituição de 1988 em seu artigo 146, inciso III, como lei complementar impõe-se ou não sobre outra lei que prevê o critério da destinação do imóvel para o fim de incidência de um ou outro imposto.

A discussão envolve a impossibilidade de incidência concomitante dos dois impostos porque proibido pela Constituição Federal de 1988. Refere-se à questão do *bis in idem* e da bitributação. E envolve também o tema da aplicação da lei no tempo, e ainda, a questão da hierarquia das leis.

Embora a complexidade dos temas identificados na questão, o candidato precisa se ater ao conteúdo do Julgado escolhido pela questão, significa dizer, precisa ser objetivo, respondendo à questão cingindo-se ao contexto apresentado. Isso porque o comando da questão n. 18 dispõe claramente: **“É possível concluir desse julgamento que: (...)”**.

Note-se que o comando vincula a análise das cinco alternativas ao conteúdo do excerto do Julgado do Superior Tribunal de Justiça. E a afirmativa correta é aquela que se coaduna com o texto do Julgado apresentado, abstraindo-se as discussões subjacentes. Portanto, há uma só alternativa correta e quatro alternativas discrepantes do conteúdo do Julgado em destaque.

A letra “A”: apresenta-se correta, na medida em que afirma que **“o imposto federal incide sobre imóvel localizado na zona urbana, se tiver destinação agrícola”**. Essa alternativa vai ao encontro do entendimento do Min. Relator João Otávio de Noronha do Julgado em questão, porque aceita a incidência do ITR sobre imóvel localizado em zona urbana, desde que possua destinação agrícola, manifestando a linha do STJ nessa questão n. 18. Afasta-se a incidência do imposto municipal, o IPTU, embora o imóvel esteja em zona urbana e não em zona rural – justamente porque o critério utilizado pelo Julgado do Superior Tribunal de Justiça é o critério da DESTINAÇÃO DO IMÓVEL, E NÃO O DA SUA LOCALIZAÇÃO.

A letra “B”: essa alternativa afirma que o imposto municipal, o IPTU, **“incidirá sempre sobre imóvel situado na zona urbana, qualquer que seja sua destinação”**, referindo à posição de parte da doutrina, que entende ser o IPTU imposto que incidirá sempre em imóveis urbanos, afastando a incidência do ITR, desconsiderando o critério da destinação do imóvel, e com isso **contrariando a decisão do STJ objeto da questão n. 18**. O CRITÉRIO de base dessa afirmativa é o critério da situação do imóvel, previsto no CTN, art. 32, §1º. Um autor de obra especializada em concursos públicos, E. Sabbag, Manual de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2009, p.978, afirma que “a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel alvo de incidência do ITR, devem estar fora da zona urbana do Município”, entendendo que se deve discutir o conceito de zona rural. O “conceito” de zona urbana está no CTN como acima referido. Por tudo isto, essa alternativa apresenta-se incorreta.

A letra “C”: deve ser afastada de plano na medida em que afirma que o IPTU e o ITR **“incidem sempre cumulativamente sobre os imóveis destinados à atividade rural, se situados na zona urbana”**. No sistema tributário nacional não há espaço para a dupla incidência de impostos sobre a mesma propriedade, e, além disso, o mais importante é que o julgado do STJ não permite essa conclusão.

A letra “D”: afirma que **“somente o imposto municipal incidirá sobre os imóveis rurais, mesmo que situados na zona urbana”**. Não é possível a incidência de IPTU em imóveis rurais, pois desautorizado pela Constituição nos moldes dos artigos acima mencionados. Essa afirmativa, ainda, insiste no erro acenando com a possibilidade de que o IPTU incida nos imóveis rurais *“mesmo que situados em zona urbana”*. O imposto municipal nesse caso não poderá incidir em imóvel rural, já que o critério do Julgado é o da destinação do imóvel, incidirá o ITR.

A letra “E”: esta afirmativa apresenta-se inadequada, pois diz que o ITR incidirá sempre sobre os imóveis urbanos, independente da sua destinação. Desconsidera, portanto, o conteúdo da Decisão do STJ requerida pela questão n. 18. Incorreta a afirmativa, portanto.

Indicação de leitura: de Sacha Calmon Navarro Coelho, Comentários à CF de 1988 e Curso de Direito Tributário; de Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário; de Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário; de Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi; de Roque Antônio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário.

Instruções: Para responder às questões 19 e 20 leia este texto extraído da obra *Os miseráveis* de Victor Hugo:

Uma porta de dois batentes, então fechada, a separava da grande sala onde se instalara o tribunal.

A escuridão era tamanha, que ele não receou dirigir-se ao primeiro advogado que encontrou.

– Meu senhor – disse – em que ponto estão?

– Já acabaram – respondeu o advogado.

– Acabaram!

Esta palavra foi repetida com tal expressão, que o advogado se voltou.

– Perdão; mas, por acaso, o senhor é algum parente do réu?

– Não; não conheço ninguém por aqui. Mas houve alguma condenação?

– Sem dúvida. Não podia ser de outro modo.

– Trabalhos forçados?

– Por toda a vida.

Ele, então, replicou com voz tão fraca, que apenas se podia ouvir.

– A identidade então foi provada?

– Que identidade? – perguntou o advogado. Não havia nenhuma identidade a constatar. O caso era muito simples. A mulher matou a própria filha, infanticídio foi provado, o júri negou ter havido premeditação, e ela foi condenada por toda a vida.

– Então, é uma mulher? – disse ele.

– Mas, é claro. Uma tal de Limosin. De que estava falando?

– De nada; mas, já que tudo acabou, como é que a sala ainda está iluminada?

– Ah! Esse é outro julgamento, que começou há, mais ou menos, duas horas.

– Que julgamento?

– É também um caso muito simples. Trata-se de uma espécie de vagabundo, um reincidente, um grilheta que praticou um roubo. Não sei mais como se chama. Afinal, tem mesmo cara de bandido. Só por aquela cara eu o mandaria para as galés.

.....

Como havia muitas causas a julgar, o presidente havia marcado para o mesmo dia dois casos simples e breves.

Começara pelo infanticídio [...] O homem havia roubado frutas, mas isso não estava bem provado: o que era certo era ter ele estado nas galés de Toulon.

.....
Quem era aquele homem? Fez-se um inquérito, ouviram-se testemunhas; todas estavam unânimes, e durante os debates novos esclarecimentos vieram elucidar a questão. A acusação dizia [...] O defensor desempenhara-se admiravelmente, nesse linguajar de província... .

(HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução de Frederico Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1967. p. 141-142)

QUESTÃO 19

Analisando o caso como se tivesse acontecido nos dias atuais no Brasil, verifique as seguintes afirmações:

- I - Quem comete dois crimes e é condenado por eles é reincidente, ainda que o segundo seja praticado antes de ser condenado pelo primeiro.
- II - O infanticídio pode ser praticado pela mãe, ou pelo pai.
- III- O roubo, ainda que de coisa de menor valor, configura crime.

Em relação às afirmações, SOMENTE

- (A) I está correta.
- (B) II está correta.
- (C) III está correta.
- (D) I e II estão corretas.
- (E) II e III estão corretas.

Gabarito: C

Autores: Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji

Comentário:

Na questão 19, a primeira assertiva está errada. Para que seja considerado reincidente, o segundo crime deve ser praticado *depois* de haver condenação pelo primeiro.

Na segunda assertiva, há quem entenda que no caso de infanticídio, outra pessoa pode praticar o crime na condição de partícipe havendo comunicação das circunstâncias pessoais (mãe em estado puerperal). Outra corrente, majoritária, entende que se trata de crime de mão própria, podendo ser cometido exclusivamente pela mãe. É o que se sugere como resposta.

Já em relação à terceira assertiva está correta, apesar de existir corrente muito minoritária que entende aplicável o *princípio da insignificância* mesmo em crime de roubo.

QUESTÃO 20

Analisando, ainda, o caso como se tivesse ocorrido nos dias atuais no Brasil,

- (A) se houvesse condenação, poderia ser aplicada pena por toda a vida.
- (B) se os jurados condenassem pelo infanticídio, deveriam em seguida votar quesitos específicos para a fixação da pena.
- (C) o fato de o condenado por roubo ser reincidente qualifica o crime.
- (D) o procedimento para julgar o roubo seria semelhante ao adotado no caso, com debates orais entre a acusação e o advogado.
- (E) o infanticídio seria julgado pelo júri.

Gabarito: E

Autores: Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji

Comentário:

Na questão 20, são apresentadas cinco assertivas. Abaixo, seguem comentários em relação a cada uma delas:

A – É falsa, já que não há possibilidade de ser aplicada no Brasil pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, 'b', da CF). Da mesma forma, existe vedação em diversos pactos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

B – Considera-se, sob análise os julgamentos pelo conselho de sentença, incorreta, já que a fixação da pena é feita pelo Magistrado Presidente do Júri e não pelos jurados.

C – A reincidência é uma agravante obrigatória, entre outros efeitos, mas não está incluída nas causas que qualificam o roubo.

D – Apesar do novo procedimento previsto pelo Código de Processo Penal (2008) prever debates orais, estes aconteceriam na chamada audiência única, em frente ao juiz da causa, com sentença proferida no ato, mas jamais sendo julgado pelo júri.

E – A alternativa está correta. Todos os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d, da CF), dentre eles o infanticídio, são julgados pelo Tribunal do Júri.

Instruções: As questões de números 21 e 22 contêm duas afirmações. Assinale, na Folha de Respostas, a alternativa correta de acordo com a seguinte chave:

- (A) as duas afirmações são verdadeiras e a segunda justifica a primeira.
- (B) as duas afirmações são verdadeiras e a segunda não justifica a primeira.
- (C) a primeira afirmação é verdadeira e a segunda é falsa.
- (D) a primeira afirmação é falsa e segunda é verdadeira.
- (E) as duas afirmações são falsas.

QUESTÃO 21

O trabalho prestado por pessoa física, sem subordinação jurídica, para determinado tomador de serviços configura uma relação de trabalho e não uma relação de emprego,

PORQUE

a relação de trabalho é um gênero de prestação de serviços que engloba várias espécies (autônomo, eventual, temporário...), dentre elas a relação de emprego, que é o trabalho com subordinação jurídica, prestado por pessoa física.

Gabarito: A

Autor: Henrique José da Rocha

Comentário:

Seguindo a chave de respostas referida nas instruções, é preciso analisar a veracidade ou falsidade de cada uma das afirmações e, posteriormente, verificar se a segunda assertiva justifica ou não a primeira.

Não há dúvida que o trabalho prestado sem subordinação jurídica por pessoa física para determinado beneficiário da prestação de serviços não configura relação de emprego, sendo, pois, verdadeira a primeira afirmação. Isto porque a caracterização de relação de emprego depende da concorrência dos seguintes elementos: trabalhador pessoa física, remuneração, não eventualidade, pessoalidade e subordinação. Os requisitos configuradores de relação empregatícia decorrem dos conceitos de empregador e de empregado extraídos, respectivamente, dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. A subordinação jurídica, dentre os demais, recebe amplo destaque, porquanto, constitui traço de diferenciação entre o trabalho por conta alheia (empregado) e o trabalho por conta própria (autônomo), sendo conceituado como um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação do empregado de se submeter a essas ordens.⁴²

A segunda afirmação, por sua vez, é igualmente verdadeira, sendo a expressão relação de trabalho muito mais ampla e abrangente que a relação de

⁴² Barros, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 260.

emprego, de modo que esta última constitui mera espécie daquele gênero, ao lado de outras modalidades de labor como o eventual, temporário, autônomo e avulso, entre outros. Nesse sentido é clara a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego: a primeira expressão tem caráter genérico, refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por labor humano; a segunda é apenas uma das modalidades, corresponde a um tipo legal próprio e inconfundível com as demais.⁴³

De imediato constatamos, então, que as alternativas “C”, “D” e “E” estão equivocadas, posto que indicativas da falsidade de uma ou de ambas as afirmações que, como vimos, são rigorosamente verdadeiras.

Para a indicação da única alternativa correta é preciso avaliar, então, se as assertivas se justificam ou se, ao contrário, são afirmações autônomas entre si. E, nesse aspecto, não há dúvida que a segunda afirmação justifica a primeira ao estabelecer relação de gênero (trabalho) e espécie (emprego) e, com isso, diferenciar as modalidades laborais em análise. Ademais, a diferenciação é feita exatamente em razão do elemento subordinação que, definido na segunda afirmação como elemento essencial ao vínculo empregatício, está ausente na relação de trabalho a que refere a primeira das afirmações. A íntima relação justificadora da primeira afirmação pela segunda torna equivocada a alternativa “B”, sendo a alternativa “A” a única que corresponde à resposta correta da questão.

⁴³ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 286/287.

QUESTÃO 22

Pedro e Maria, ambos empresários individuais contando ele sessenta e cinco anos e ela cinquenta anos de idade, casaram-se, mas não podem contratar sociedade entre si

PORQUE

não podem os cônjuges contratar sociedade entre si quando o regime de bens no casamento for o da comunhão universal.

Gabarito: B

Autor: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

A resposta correta é a letra “b”, pois as duas afirmações são verdadeiras, mas a segunda não justifica a primeira, conforme veremos a seguir.

Aprioristicamente, aduz-se que o casamento entre Paulo e Maria só pode ser pelo regime da separação de bens, pois Pedro é maior de sessenta anos de idade. Ocorre que, para pessoas maiores de sessenta anos, é obrigatória a adoção do regime da separação de bens por força do que disciplina o inciso II do art. 1641 do Código Civil (CC): “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de sessenta anos”.

Em segundo lugar, mister frisar que os cônjuges não podem contratar sociedade entre si quando o regime de bens no casamento for o da comunhão universal ou for o da separação obrigatória. Segundo disciplina o artigo 977 do Código Civil, “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.” Portanto, por expressa previsão legal do Código Civil Brasileiro, os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória não podem contratar sociedade entre si. Neste sentido, refere Maria Helena Diniz⁴⁴: “É preciso não olvidar que lícita é a sociedade entre marido e mulher, desde que não sejam casados sob o regime de comunhão universal de bens (CC, arts. 1667 a 1671) ou sob o da separação obrigatória (CC, arts. 1641, I, II e III), objetivando o exercício de uma atividade econômica, sem que tal fato se confunda com a sociedade conjugal.”

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 766.

QUESTÃO 23

Se um dos dados da identidade internacional do Brasil é a sua escala continental; se o território é uma das dimensões da nação (dimensão que faz da delimitação do espaço nacional um momento importante da política externa de qualquer Estado), cabe perguntar: como é que se foi configurando a escala continental do país que é hoje o Brasil? Sua especificidade geográfica é resultado de um processo histórico, iniciado há 500 anos. Navegantes, bandeirantes e diplomatas foram os três agentes sociais que no percurso da criação do Brasil configuraram a escala do país (...).

(LAFER, Celso. *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 24-25 – destaques do original)

Com relação à formação e delimitação das fronteiras nacionais, foi especialmente importante a participação dos

- (A) navegadores, por terem rapidamente ocupado toda a costa nacional, impedindo que outros povos invadissem o território nacional.
- (B) navegadores, na medida em que penetraram pelos rios, enfrentando a resistência oferecida pelos espanhóis, que defendiam as fronteiras estabelecidas pelos Tratados de Tordesilhas, de 1494 e de Madri, de 1750, com base na força bélica.
- (C) bandeirantes, ao se cingirem aos limites estabelecidos pelo Tratado de Tordesilhas, de 1494, evitando conflitos armados com os povos nativos e com os vizinhos de origem espanhola.
- (D) diplomatas, ao construírem a teoria do *uti possidetis* de fato, que embasou as negociações dos tratados de fronteira e os laudos arbitrais em favor do Brasil.
- (E) diplomatas, ao concordarem com a teoria do *uti possidetis* de direito, criada pelos espanhóis com base em títulos de posse jurídica, e que os impediu de invadir o território brasileiro.

Gabarito: D

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário

A questão exige do candidato um bom nível de conhecimento da história brasileira, além dos conhecimentos específicos na área do direito internacional público. Cumpre destacar que a prova do ENADE possui esta característica, isto é, a preparação multidisciplinar do aluno.

Assim, o trecho do livro do professor Celso Lafer analisa a formação do vasto território brasileiro, destacando o papel histórico exercido pelos navegadores, bandeirantes e diplomatas luso-brasileiros⁴⁵. Desse modo, passamos a analisar as alternativas propostas sobre o papel exercido por cada um desses atores:

a) A alternativa “a” está errada. Os navegadores portugueses não ocuparam toda a costa brasileira, evitando invasões estrangeiras; muito pelo contrário, a presença dos colonizadores portugueses era precária, e os eventos das invasões francesas e holandesas nos dois primeiros séculos de nossa colonização bem ilustram isso.

b) A alternativa “b” está errada. Os navegadores também não são os responsáveis pela exploração do interior brasileiro. Neste caso o papel das chamadas “bandeiras” e “entradas” foi muito mais importante para o abrandamento da linha divisória proposta pelo Tratado de Tordesilhas. Esse abrandamento foi favorecido também pelo período em que as coroas portuguesa e espanhola ficaram unidas (1580-1640).

Quanto ao Tratado de Madri, a referência está deslocada historicamente, pois o mesmo procurou redefinir a divisão proposta em Tordesilhas, tendo configurado um “esboço” das futuras linhas de fronteiras brasileiras. Em ambos os casos, no entanto, procurou-se sempre resolver as questões de fronteira com uso da diplomacia e da teoria jurídica do *uti possidetis* de fato (quem possui de fato, deve possuir de direito).

c) A alternativa “c” está errada, pois os Bandeirantes, ao contrário do afirmado, não respeitaram os limites estabelecidos entre os domínios espanhóis e portugueses, especialmente no período em que Portugal e Espanha estiveram unidos através do sistema monárquico de união pessoal (denominado por alguns autores como o período da União Ibérica), isto é, ambos os Estados tiveram um mesmo conjunto de monarcas entre 1580 e 1640. Entretanto, mesmo após a restauração da autonomia monárquica portuguesa em 1640, a atuação dos Bandeirantes continuou, os mesmos avançaram no interior das terras brasileiras, desrespeitando qualquer acordo de limites entre os reinos ibéricos, provocando

⁴⁵ Uma obra interessante para analisar a história da política externa brasileira é o livro dos professores Amado Luiz Cervo e Clodoaldo Bueno, *História da Política Exterior do Brasil*, editora da UnB, 2002.

conflitos armados com os vizinhos de origem espanhola e também com os diversos povos indígenas que habitavam o interior de nosso país. Assim, a atuação dos Bandeirantes foi importante na expansão do território do Brasil, pois a presença de brasileiros além das linhas originais do Tratado de Tordesilhas foi um fator importante nas negociações do Tratado de Madri de 1750, o qual reconheceu formalmente a expansão destes limites e formatou o futuro território do Brasil independente.

d) A alternativa “d” está correta. A diplomacia brasileira, utilizando da teoria do *uti possidetis* de fato (quem possui de fato, deve possuir de direito), conseguiu resolver uma série de problemas de disputas de fronteiras desde os tempos de colônia, com a atuação de Alexandre de Gusmão no Tratado de Madri (1750) até a atuação no período da República Velha de José Maria Paranhos Júnior (Rio Branco) quando na gestão do Ministério das Relações Exteriores entre 1902 e 1912.

e) A alternativa “e” está errada, pois a teoria do *uti possidetis* de direito (quem possui território somente por razão de título pode manter a posse do mesmo independentemente da posse de fato) beneficiaria apenas as pretensões territoriais da Espanha em relação a Portugal ou das ex-colônias espanholas em relação às pretensões brasileiras. Assim, a teoria do *uti possidetis* de direito não impediria a invasão do território brasileiro, mas impossibilitaria ao Brasil a resolução da maior parte dos conflitos de fronteiras em seu favor.

QUESTÃO 24

Figueiredo Dias, ao tratar do direito processual constitucional, afirmou que as normas constitucionais de processo deixam de ser vistas como *simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este pode afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formado pelo processo constitucionalmente prescrito [...] tende por quase toda parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito.*

(FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1, p. 75)

Imagine a seguinte regra: “se o réu, citado pessoalmente, e não estando preso, for revel, não há necessidade de que seja intimado dos atos posteriores do processo, nem que lhe seja nomeado defensor”. Levando em conta o texto transcrito e o fato de a Constituição brasileira consagrar o direito ao contraditório, a regra

- (A) não poderia ser aplicada a qualquer ramo do processo, porque sempre estaria sendo afetado o núcleo essencial do direito ao contraditório estabelecido na Constituição.
- (B) poderia ser aplicada a qualquer ramo do processo, porque o direito ao contraditório, por ser um princípio constitucional genérico, conserva um caráter programático.
- (C) poderia ser aplicada ao processo civil quando envolvesse interesses disponíveis, porque há observância do contraditório com a ciência do processo feita com a citação, dando-se ao réu a oportunidade de reação.
- (D) não poderia ser aplicada ao processo penal porque, mesmo em casos de revelia, o acusado tem direito a ser intimado pessoalmente de atos posteriores do processo, por ser adotado contraditório pleno.
- (E) não poderia ser aplicada ao processo trabalhista porque nele não se admite a revelia por parte da empresa que, sempre, figura como ré nas ações.

Gabarito: C

Autores: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

A regra debatida na questão n. 24 diz respeito ao princípio do contraditório e à revelia, possuindo, como alternativa correta, a letra “c”. O princípio do contraditório é constitucionalmente assegurado pelo disposto no inciso LV do artigo 5º da CF-88.

Em verdade, tal princípio é um corolário do princípio do devido processo legal que se caracteriza pela possibilidade de resposta do acusado e pela utilização de todos os meios de defesa admitidos dentro do Direito. Relativamente à revelia, Valentin Carrion⁴⁶ assevera: “a revelia é a contumácia do réu que não oferece contestação às pretensões do autor.”

Pois bem, a regra: “se o réu, citado pessoalmente, e não estando preso, for revel, não há necessidade de que seja intimado dos atos posteriores do processo, nem que lhe seja nomeado defensor” pode ser aplicada a qualquer ramo do processo porque não afeta o núcleo essencial do direito ao contraditório, estabelecido na Constituição; e, ademais, ao réu revel foi dada a oportunidade de se manifestar no processo, eis que citado pessoalmente. Por outro lado, afere-se que a regra em comento pode ser aplicada ao processo civil quando envolve interesses disponíveis, porque há observância do contraditório com a ciência do processo feita com a citação, dando-se ao réu a oportunidade de reação.

No processo penal, a regra em tela pode também ser adotada. Conforme Guilherme de Souza Nucci⁴⁷, se o réu “não comparecer ao interrogatório, nem contratar advogado, declara-se sua ausência, nomeia-se defensor dativo (ou remete-se o caso à defensoria pública) e o processo segue normalmente o seu curso.”

Na Justiça Laboral, conforme dispõe o art. 844 da CLT, o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato. Portanto, no processo trabalhista, se admite a revelia por parte da empresa, por força do que preconiza o art. 844 da CLT.

⁴⁶ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 694.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 663.

QUESTÃO 25

Era uma vez um tanoeiro, demagogo, chamado Bernardino, o qual em cosmologia professava a opinião de que este mundo é um imenso tonel de marmelada, e em política pedia o trono para a multidão. Com o fim de a pôr ali, pegou de um pau, concitou os ânimos e deitou abaixo o rei; mas, entrando no paço, vencedor e aclamado, viu que o trono só dava para uma pessoa, e cortou a dificuldade sentando-se em cima.

– Em mim, bradou ele, podeis ver a multidão coroada. Eu sou vós, vós sois eu.

O primeiro ato do novo rei foi abolir a tanoaria, indenizando os tanoeiros, prestes a derrubá-lo, com o título de Magníficos.

O segundo foi declarar que, para maior lustre da pessoa e do cargo, passava a chamar-se, em vez de Bernardino, Bernardão.

(MACHADO DE ASSIS. O Dicionário, in *Páginas Recolhidas – Obras Completas*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1962. v. 15, p. 27)

Considere as seguintes proposições, a partir do trecho acima transcrito:

- I - A idéia do “trono para a multidão” expressa a essência da chamada monarquia constitucional.
- II - A frase pronunciada por Bernardino e o modo de sua investidura no poder caracterizam o princípio inspirador da democracia representativa.
- III - Considerado o Direito hoje vigente no Brasil, a abolição de uma atividade econômica, por ato administrativo normativo do Chefe de Governo, seria inconstitucional.
- IV - Em certas hipóteses, a supressão de direitos, acompanhada de indenização, é admitida no Direito hoje vigente no Brasil.

São verdadeiras as afirmações contidas nas proposições

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

Gabarito: D

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário:

Esta questão exige do candidato uma excelente capacidade de interpretação e correlação entre o trecho citado, no caso extraído de um conto de Machado de Assis, e noções de teoria geral do estado, direito constitucional e administrativo. Assim, vamos analisar cada alternativa a partir do trecho citado na prova:

Alternativa “I” – Machado de Assis é assaz claro, Bernardino é um demagogo, um tanoeiro (fabricante de tonéis), estratégia utilizada pelo autor para dizer que a política não passa de um tonel de marmelada, ou seja, não passaria de pura “politicagem” para a tomada do poder. Assim, ironicamente o personagem sugere que melhor fosse a própria democracia deixada de lado e o trono – isto é, o poder – fosse tomado por alguém que atuasse em nome da multidão, ou seja, uma atitude política demagógica, anti-democrática e acima de tudo anti-constitucional. Por isso, o “trono da multidão” de forma alguma expressa a idéia de monarquia constitucional e, portanto, a alternativa está errada.

Alternativa “II” – A frase de Bernardino é: “ – *Em mim, bradou ele, podeis ver a multidão coroada. Eu sou vós, vós sois eu.*” O personagem toma o poder de assalto e utiliza de estratégias demagógicas para legitimar-se no poder, como a outorga de “títulos” de Magníficos àqueles – os demais tanoeiros – que estavam prestes a derrubá-lo. Ora, todo este contexto demonstra muito bem que não se trata de um exemplo de representação democrática, muito pelo contrário, trata-se de exemplo de tomada de poder demagógica e autoritária. Portanto, a assertiva está errada.

Alternativa “III” – Vejamos alguns dispositivos da atual constituição brasileira (Constituição Federal de 1988) sobre a disciplina da atividade econômica:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Como é possível perceber, nossa ordem constitucional tutela a ordem econômica baseando-se em alguns princípios, sendo que a tônica reside no valor social do trabalho e na proteção à livre iniciativa. Desse modo, não pode o Poder Executivo, por simples ato administrativo, abolir atividade econômica, vide arts. 5º e 170, § único, ambos da CF/88. Assim, embora Bernardino tenha extinto por ato próprio, sem a intervenção de um Parlamento legitimamente eleito pelo povo que aprovasse uma lei regulando ou mesmo extinguindo uma determinada atividade econômica, o ato legal do personagem seria considerado inconstitucional na atual ordem constitucional brasileira. Desse modo, a alternativa está correta.

Alternativa “IV” – Para completar as informações da alternativa “III” cabe lembrar que o poder público poderá suprimir direitos individuais em casos específicos, sempre respeitando o primado da lei, a possibilidade da contestação do ato de supressão no Poder Judiciário e, acima de tudo, sempre garantido o devido direito à indenização. Ver, por exemplo, o artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV da CF/88 sobre o direito de propriedade e as possibilidades de desapropriação ou ainda uso emergencial da propriedade privada pelo poder público desde que esteja sempre garantido o direito à devida indenização. Dessa forma, a alternativa está correta.

Assim, como somente as alternativas “III” e “IV” estão corretas, a letra “d” (somente III e IV são verdadeiras) é a resposta certa.

QUESTÃO 26

Antonio e João são sócios de uma empresa. Antonio, sem conhecimento de João, para que a empresa pagasse valor menor de imposto sobre circulação de mercadorias, anota, falsamente, na segunda via da nota fiscal, valor diferente daquele que correspondia à transação realizada. Com isso, pagou imposto menor do que era devido. Em face de sua conduta, Antonio

- (A) comete crime contra a ordem tributária, não podendo João ser responsabilizado pelo crime, porque, no direito penal, a responsabilidade é subjetiva.
- (B) não comete crime contra a ordem tributária, mas falsidade, punida mais gravemente, não podendo João ser responsabilizado pelo crime, porque, no direito penal, a responsabilidade é subjetiva.
- (C) comete crime contra a ordem tributária, podendo João ser responsabilizado pelo crime, porque, sendo sócio da empresa, usufruiu da sonegação.
- (D) não comete crime contra a ordem tributária, mas falsidade, punida mais gravemente, podendo João ser responsabilizado pelo crime, porque, sendo sócio da empresa, usufruiu da sonegação.
- (E) e, também, João poderão ser acusados pelo crime contra a ordem tributária se, também, for acusada a empresa, pessoa jurídica.

Gabarito: E

Autores: Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji

Comentário:

A situação apresentada na questão é de dois sócios de uma empresa, sendo que um deles comete *fraude tributária* visando pagamento a menor de tributo. Neste tipo de situação, não podemos perder de vista que a responsabilização penal tem caráter subjetivo, pessoal, diferentemente do que ocorre em outras áreas do direito em que o sócio que não praticou, nem anuiu com o comportamento de Antonio poderia ser responsabilizado.

É importante consignar que no direito penal moderno não se admite responsabilidade sem culpa ou objetiva.

Assim, apenas Antonio pode ser acusado de crime contra ordem tributária (Lei nº. 8.137/90) e não João, motivo pelo qual as alternativas “c” e “e” não estão corretas.

Já em relação a outra indagação proposta pelas alternativas (crime contra ordem tributária e falsidade), importante identificar que a falsidade é o meio pelo qual Antonio pratica o crime contra ordem tributária.

Assim, aplicando-se o *princípio da consunção* em que o crime meio (falsidade) é absorvido pelo crime fim (contra ordem tributária), a responsabilização se dá, exclusivamente, pelo último, estando correta a alternativa 'a'.

QUESTÃO 27

Civil – Indenização – Salário – Retenção – Impossibilidade – Cheque especial – Pagamento – Não-ocorrência – Cláusula contratual – Nulidade – Dano moral – Configuração.

Dano moral. Retenção de salário para pagamento de cheque especial. Ilícitude.

- *Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral.*

(Ag Rg no Ag no 425.113 RS. Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Terceira Turma. Unânime. Data do julgamento: 13.6.2006.)

Pode-se extrair da ementa transcrita, que retrata o resultado do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que

- I - a convenção dos particulares não derroga normas de ordem pública.
- II - a indenização por dano moral pressupõe a existência também de dano material.
- III - os bancos não podem reter quaisquer saldos bancários para recebimento de seus créditos, porque afasta da apreciação judiciária lesão de Direito.
- IV - o salário enquanto revestido de caráter alimentar goza de proteção legal, que o faz intangível, isto é, insuscetível de ser apropriado para cumprimento de certas obrigações.
- V - o Poder Judiciário quando reconhece a nulidade de uma cláusula contratual substitui a vontade das partes.

Estão corretos os itens

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

Gabarito: B

Autor: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

A questão n. 27 diz respeito à responsabilidade civil e ao dano moral, tendo como resposta correta a alternativa de letra “b”. Iniciamos o presente comentário

tecendo algumas linhas sobre a responsabilidade civil e sobre o dano moral. Nesse passo, afere-se ao ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves⁴⁸ que “a palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano.” Em verdade, “a palavra responsabilidade”origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.”⁴⁹ Seja como for, quanto à natureza da norma violada, a responsabilidade pode se apresentar sob dois aspectos: responsabilidade moral e responsabilidade jurídica (responsabilidade civil e responsabilidade penal).⁵⁰

A responsabilidade moral resulta da violação de uma norma moral. Consoante Maria Helena Diniz,⁵¹ “A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: a) livre-arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não; e b) consciência da obrigação.” Já a responsabilidade jurídica abrange tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal. Nesse sentido, a responsabilidade civil “tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *statu quo* ante ou numa importância em dinheiro.”

Por fim, temos a responsabilidade penal que implica na existência de “lesão aos deveres de cidadãos para com a sociedade”.⁵² Conforme ensinamento de Romualdo Baptista dos Santos,⁵³ “A responsabilidade civil está relacionada à noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes da nossa conduta, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23, v. 7.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23, v. 7.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29, v. 7.

⁵³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Teoria Geral da Responsabilidade Civil. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO, Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 27, v.5.

acontecer, ficamos sujeitos a reparar os danos. E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano à outra pessoa.” Carlos Roberto Gonçalves,⁵⁴ por seu turno, entende que a “responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito.” Por seu turno, Maria Helena Diniz⁵⁵ define a responsabilidade civil “como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.” Pois bem, atualmente, segundo Maria Helena Diniz,⁵⁶ duas são as principais funções da responsabilidade civil: “a) garantir o direito do lesado à segurança b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.” Conforme salienta Maria Helena Diniz, “O primordial efeito da responsabilidade civil é a reparação do dano, que o ordenamento jurídico impõe ao agente. A responsabilidade civil tem, essencialmente, uma função reparadora ou indenizatória. Indenizar é ressarcir o dano causado, cobrindo todo o prejuízo experimentado pelo lesado. (...) Logo, a responsabilidade civil, sob o prisma do devedor, reveste-se de caráter ressarcitório e punitivo e, no que concerne ao credor, apresenta-se como uma compensação pela lesão sofrida.”⁵⁷

Apresentadas essas primeiras observações acerca da responsabilidade civil, passamos ao exame da questão.

A alternativa “I” está correta porque toda e qualquer convenção entre particulares não possui o condão de derogar normas de ordem pública.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34, v. 7.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9, v. 7.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130, v. 7.

A alternativa “II” está incorreta porque a indenização por dano moral não pressupõe a existência também de dano material, eis que pode existir dano moral sem ter ocorrido dano material. “Dano significa uma lesão ou diminuição do patrimônio de determinada pessoa”.⁵⁸ Maria Helena Diniz, por seu turno, diz que “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar.”⁵⁹

Existem espécies de dano: dano patrimonial, dano emergente e lucro cessante, dano ao corpo, dano estético, dano por ricochete e o dano moral. O **dano patrimonial** “vem a ser lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.”⁶⁰ No que tange ao **dano emergente e ao lucro cessante**, aprioristicamente, aduz-se que o dano emergente é aquilo que o lesado perdeu com a ocorrência do evento danoso enquanto o lucro cessante representa aquilo que o lesado deixou de ganhar ante a ocorrência do fato danoso. Conforme Vaneska Donato de Araújo, “o dano emergente representa o que foi efetivamente perdido pela vítima, enquanto os lucros cessantes, o que ela deixou razoavelmente de lucrar, isto é, possível aumento patrimonial que teria ocorrido se o dano não tivesse sucedido.”⁶¹ O **dano ao corpo** é o dano à integridade corporal e à vida humana. “A lesão ao corpo, em regra, repara-se pela cura, de forma que o modo de ressarcir previsto no art. 949 do Código Civil é indireto, por estabelecer dever de indenizar a vítima das despesas com o tratamento (p.ex. gasto com medicamentos, cirurgia, ortopedia, honorários médicos, exames clínicos etc.) e de recompor o seu patrimônio pelo pagamento de lucros cessantes (rendimentos que deixou de ter pelo não-

⁵⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Teoria Geral da Responsabilidade Civil. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO; Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 60, v.5.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59, v. 7.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66, v. 7.

⁶¹ ARAÚJO; Vaneska Donato de. Generalidades sobre o Dano. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO; Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 76, v.5.

exercício de suas atividades) até o final da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”⁶² O **dano estético** é o dano à integridade estética do lesado. Diz Maria Helena Diniz que “o dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.”⁶³ O **dano por ricochete** “é o que ocorre quando a vítima sofre as consequências ou reflexos do dano causado a um terceiro. É o prejuízo que atinge o terceiro que não a vítima direta da conduta danosa. Observa-se, por exemplo, no caso de um pai, que forneça alimentos a filhos advindos de casamento desfeito, vir a sofrer um acidente, ficando incapacitado para o trabalho, não podendo, por consequência, prover o sustento da prole.”⁶⁴ O **dano moral** “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo.”⁶⁵

A alternativa “IV” está correta porque o salário, enquanto revestido de caráter alimentar, goza de proteção legal, que o faz intangível, isto é, insuscetível de ser apropriado para cumprimento de certas obrigações. Inclusive, aduz-se que o art. 649 do CPC dispõe, claramente, que o salário é impenhorável. As verbas indicadas no inciso IV do art. 649 do CPC fazem com que a abrangência desta cláusula seja ampla. Para tanto, vale-se da explanação acerca dos conceitos constantes na lei, realizada por Jaqueline Mielke, José Xavier e Jânia Saldanha⁶⁶: “por vencimentos, devem-se entender todos os valores que compõem a remuneração dos funcionários públicos. Já o soldo é o vencimento percebido por militar. Os salários, por sua vez, são os provenientes de remuneração advinda de relação empregatícia”. Portanto, as

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75, v. 7.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80, v. 7.

⁶⁴ ARAÚJO; Vaneska Donato de. Generalidades sobre o Dano. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO; Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 76, v.5.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 880, v. 7.

⁶⁶ SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A Nova Execução De Títulos Executivos Extrajudiciais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 106.

verbas recebidas em contraprestação ao trabalho são impenhoráveis, estando excluídas da expropriação.

A alternativa “V” está errada porque o Poder Judiciário, ao reconhecer a nulidade de uma cláusula contratual, não substitui a vontade das partes, apenas declara que determinada cláusula padece de nulidade.

QUESTÃO 28

Tomás de Aquino, discutindo a questão referente ao **sigilo da confissão**, afirma:

Um sacerdote não pode ser tomado como testemunha senão como homem. Portanto, sem detrimento da sua consciência pode jurar que ignora o que só como Deus o soube. – Semelhantemente, pode um prelado sem detrimento da sua consciência, deixar impune ou sem nenhum remédio, o pecado, que como Deus o soube. Pois, não está obrigado a dar remédio senão ao modo por que as cousas lhe são confiadas. Portanto, ao que lhe foi confiado no foro da penitência deve dar remédio no mesmo foro, tanto quanto possível. Assim o abade, no caso referido, deve advertir o prior a resignar o priorado; ou, se este não o quiser, pode em outra ocasião qualquer, eximi-lo às obrigações do priorado, contanto que evite toda suspeita de revelação da confissão.

(AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980. v. X, p. 4510)

Considerando as regras pertinentes do Direito Civil e do Direito Processual Civil brasileiros, o sacerdote que se nega a depor em audiência sobre fatos de que teve conhecimento no confessionário agirá

- (A) amparado na lei, porque não pode ser obrigado a depor sobre fatos a cujo respeito deva manter em segredo, mas se o fato não lhe parecer acobertado pelo dever do sigilo poderá revelá-lo em seu depoimento.
- (B) sem amparo na lei, porque o sacerdote não pode valer-se dessa condição para eximir-se de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade.
- (C) sem amparo na lei, porque a testemunha tem o dever de dizer a verdade sobre o que lhe foi perguntado, pelo Juiz, não contendo a lei nenhuma exceção.
- (D) amparado na lei, apenas se os fatos puderem colocar em perigo de vida ou de dano patrimonial imediato quem o tiver arrolado como testemunha.
- (E) sem amparo na lei, porque antes de iniciar seu depoimento deveria alegar suspeição, a fim de que fosse dispensado de depor, mas se assim não agiu fica obrigado a responder a todas as perguntas que lhe forem feitas.

Gabarito: A

Autor: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

A resposta correta da questão n. 28 é a alternativa de letra “a”. Conforme dispõe o inciso II do art. 406 do Código de Processo Civil, a testemunha não é

obrigada a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Logo, o segredo profissional ou, no caso da questão proposta, o sigilo de confissão é admitido no ordenamento jurídico brasileiro por expressa previsão legal e poderá ser invocado pela testemunha sempre que o fato esteja protegido pelo sigilo. Por outro lado, revela-se que a violação a sigilo de profissão é crime previsto no art. 154 do Código Penal: crime de violação de segredo profissional. A pena prevista para tal delito é a detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

QUESTÃO 29

Leia com atenção o trecho da canção *Construção*, de Chico Buarque, que narra o acidente fatal sofrido pelo trabalhador da construção civil, logo após tomar sua refeição e em razão de cair do andaime onde trabalhava. A seguir, assinale a alternativa correta.

*Amou daquela vez como se fosse a última
Beijou sua mulher como se fosse a última
E cada filho seu como se fosse o único
E atravessou a rua com seu passo tímido
Subiu a construção como se fosse máquina
Ergueu no patamar quatro paredes sólidas
Tijolo com tijolo num desenho mágico
Seus olhos embotados de cimento e lágrima
Sentou pra descansar como se fosse sábado
Comeu feijão com arroz como se fosse um príncipe
Bebeu e soluçou como se fosse um naufrago
Dançou e gargalhou como se ouvisse música
E tropeçou no céu como se fosse um bêbado
E flutuou no ar como se fosse um pássaro
E se acabou no chão feito um pacote flácido
Agonizou no meio do passeio público
Morreu na contramão atrapalhando o tráfego*

- (A) O empregado morreu no local de trabalho e, portanto, o empregador é sempre responsável pela indenização devida.
- (B) O acidente ocorreu logo após a refeição, razão por que o empregador não tem qualquer responsabilidade.
- (C) O empregador só será responsabilizado se for demonstrado que concorreu dolosamente para o infortúnio.
- (D) O empregador só será responsabilizado se for comprovado que concorreu culposa ou dolosamente para o infortúnio.
- (E) O empregador só será responsabilizado se ficar comprovado que não efetuou o seguro contra acidente do trabalho a que estava obrigado.

Gabarito: D

Autor: Henrique José da Rocha

Comentário:

A par da ilustração que advém da canção de Chico Buarque, o próprio enunciado da questão enfatiza uma situação hipotética de acidente de trabalho caracterizado pela morte do obreiro em face de queda de andaime, em atividade da construção civil, fato ocorrido logo após a refeição do trabalhador.

Diz-se que o acidente de trabalho é típico (em sentido estrito) quando ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (Lei nº 8.213/91, art. 19). Caracterizado o acidente de trabalho, o dever de indenizar danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais sofridos pelo trabalhador em razão do infortúnio resulta da conjunção dos art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal e do dever geral de indenizar expresso pelo art. 927 do Código Civil. Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a responsabilidade subjetiva que condiciona o pagamento de indenização à comprovação de culpa ou dolo do empregador.⁶⁷ Se a Constituição Federal estabeleceu, como princípio, a indenização devida pelo empregador ao empregado, com base no direito comum, apenas quando aquele obrar com dolo ou culpa, não se pode prescindir desse elemento subjetivo⁶⁸. Com efeito, os requisitos indispensáveis para a configuração do dever de indenizar são: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa.⁶⁹

A alternativa correta, portanto, é a de letra “D” que reputa responsável pelo dever de indenizar o empregador que contribuiu com culpa ou dolo ao acidente de trabalho, como já decidiu o TST (01382/2003-654-09-00.1).

A alternativa A está errada porque o empregador não é responsável por todo e qualquer acidente ocorrido no local de trabalho. Há infortúnios cujo dano não guarda qualquer nexos causal com o trabalho ou que não resultam de culpa ou dolo

⁶⁷ Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade civil – 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 509.

⁶⁸ Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil – 6ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

⁶⁹ Venosa, Silvio de Salvo. Direito civil, vol. 4, responsabilidade civil – 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

do empregador. Fosse verdadeira a assertiva, estar-se-ia imputando ao empregador responsabilidade objetiva por danos advindos do acidente, ideia repudiada pelo já mencionado art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

A alternativa B também está errada porque a circunstância do acidente ocorrer logo após a refeição não exclui a tipificação do evento como acidente do trabalho. Isto porque o art. 21 da Lei nº 8.213/91 expressamente equipara os períodos destinados a refeição ou descanso ao exercício do trabalho para fins de caracterização de acidente laboral. Cabe referir, a título complementar, que a NR 18 regula condições e meio ambiente específico à construção civil, inclusive no que diz respeito a regras mínimas de segurança de trabalho em andaimes (18.15) e exigência de medidas de proteção coletiva e individual contra queda, além de exigir um local apropriado para a realização das refeições (18.4.2.11), circunstâncias negligenciadas pelo empregador.

A alternativa C está igualmente incorreta, porquanto a previsão constitucional de responsabilidade do empregador por culpa no acidente é incompatível com a hipótese restritiva de que este só responderia por eventual indenização em caso de conduta dolosa. Note-se que a assertiva emprega a locução “só será responsabilizado”, de modo a restringir a indenização pelo empregador aos apenas casos em que concorrer dolosamente ao evento, hipótese manifestamente incorreta.

Por fim, a alternativa “E” está errada pela premissa de que o empregador somente poderia ser responsabilizado em caso de negligência na contratação de seguro contra acidente de trabalho. A securitização da atividade não guarda qualquer relação com o dever legal de indenizar, pois combate apenas alguma ou algumas das conseqüências do acidente. Aliás, a securitização da atividade laboral é obrigatória, resultando do disposto no art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, em percentuais variáveis (1, 2 ou 3%) consoante o grau de risco da atividade econômica, sem que o seguro previdenciário configure óbice ao dever de indenizar.

QUESTÃO 30

No Brasil existem diversos acórdãos consagrando o primado do DI [Direito Internacional], como é o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951) em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). (...). Entretanto, houve no Brasil um verdadeiro retrocesso no Recurso Extraordinário no 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

(MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 366).

Os acórdãos citados no texto são, respectivamente, compatíveis com as teorias

- (A) monista com primazia do direito internacional e monista com primazia do direito interno.
- (B) monista com primazia do direito interno e dualista extremada.
- (C) monista com primazia do direito internacional e dualista extremada.
- (D) dualista extremada e dualista moderada.
- (E) dualista moderada e monista com primazia do direito interno.

Gabarito: A

Autores: Elias Grossmann e Rosa Maria Zaia Borges Abrão

Comentário:

A questão trata da discussão sobre a eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica interna. Em outras palavras, trata da problemática das relações entre direito internacional público e direito estatal interno, discussão que passa por enfrentamentos de ordem distinta: teórica, em que se discute a hierarquia do direito internacional frente ao direito interno estatal e prática, em que se discute a solução dos conflitos que porventura existam entre as regras internacionais e as internas.

Nestes termos, havendo conflito entre o ordenamento jurídico internacional e o interno, qual deles deverá prevalecer?

Dentre as várias teorias que buscam dar uma resposta satisfatória para a questão, destacam-se a dualista e a monista.

A teoria dualista parte do pressuposto de que o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas e completamente independentes, que não se interpenetram, embora sejam igualmente válidas. Esta oposição resulta de três diferenças: as relações sociais (relacionada à condição de sujeito de direito); as fontes das duas ordens jurídicas (o direito interno é resultado da vontade de um Estado, enquanto o direito internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados); a estrutura das duas ordens jurídicas (a interna baseia-se num sistema de subordinação e a internacional, por outro lado, num sistema de coordenação). Por esta lógica, sendo dois sistemas independentes, não haveria a possibilidade de existência de conflito entre suas normas. Para esta teoria, quando o Estado assume um compromisso no plano externo está aprovando-o simplesmente como fonte do direito internacional, sem qualquer impacto no plano normativo interno. Portanto, para que a norma internacional tenha validade no âmbito interno do Estado, é necessário que este incorpore a norma internacional ao seu sistema, transformando-a em direito interno. Ou seja, a norma internacional passaria a ter o mesmo *status* normativo que outra norma de direito interno. Desta forma, a vontade soberana do Estado é posta em relevo e, como consequência, tem-se o primado normativo da lei interna em detrimento da ordem internacional.

Ao contrário da teoria dualista, o monismo parte do pressuposto de que o direito internacional e o direito interno formam uma unidade jurídica. Para a teoria monista, o direito internacional e o direito interno são dois ramos do direito dentro de um só sistema jurídico, ou seja, o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, sem que se necessite qualquer “transformação”. Para esta doutrina, a assinatura e ratificação de um tratado por um Estado significam a assunção de um compromisso jurídico. Aceitando a tese da unidade, resta o problema da hierarquia entre as normas, ou seja, em caso de conflito, qual ordem jurídica deve prevalecer? Aqui a teoria monista se bifurca: uma corrente sustenta que a ordem jurídica interna de cada Estado tem primazia em relação à ordem jurídica internacional (monismo nacionalista); e outra, que sustenta a primazia do direito internacional (monismo internacionalista). A corrente que defende a primazia

do direito interno, parte do pressuposto de que o direito internacional está alicerçado na vontade soberana dos Estados, sendo o direito internacional nada mais que uma consequência do direito interno. Já o monismo que confere primazia ao direito internacional, sustenta que as normas internas devem se ajustar ao ordenamento jurídico internacional. Segundo esta corrente, o direito interno deriva do direito internacional, que representa uma ordem jurídica superior, ou seja, o ato internacional sempre prevalecerá sobre uma disposição normativa interna que o contradiz.

Diante do exposto, fica claro que o primeiro acórdão mencionado no cabeçalho da questão sustenta-se na teoria monista internacionalista, visto que há explícita manifestação pelo STF de revogação das normas de direito interno frente ao tratado objeto da análise; ao passo que o segundo acórdão está claramente fundado na teoria monista nacionalista, já que o entendimento sustenta-se na possibilidade de norma interna posterior à assinatura do tratado revogá-lo.

Referências:

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. vol. I.

QUESTÃO 31

A princípio, a marca tinha a função restrita de indicar a origem ou procedência da mercadoria, atingindo apenas a indústria. Posteriormente se estendeu ao comércio e, mais recentemente, aos serviços. No Brasil, as marcas de serviço surgiram na legislação moderna, com o revogado Decreto-lei no 254, de 28 de fevereiro de 1967. O fim imediato da garantia do direito à marca é resguardar o trabalho e a clientela do empresário. Não assegurava nenhum direito do consumidor, pois, para ele, constituía apenas uma indicação da legitimidade da origem do produto que adquirisse. Atualmente, todavia, o direito sobre a marca tem duplo aspecto: resguardar os direitos do produtor e do comerciante, e, ao mesmo passo, proteger os interesses do consumidor, tornando-se instituto ao mesmo tempo de interesse público e privado. O interesse do público é resguardado pelo Código do Consumidor – Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 – e por outras leis, inclusive penais, que reprimem a fraude e falsificações fora do campo da concorrência desleal.

O direito sobre a marca é patrimonial e tem por objeto bens incorpóreos. O que se protege é mais do que a representação material da marca, pois vai mais a fundo, para atingir sua criação ideal. O exemplar da marca é apenas o modelo, a representação sensível. A origem do direito é a ocupação, decorrendo, portanto, do direito natural que assegura a todos o fruto do trabalho.

(REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 245)

Do texto, pode-se concluir que a **marca**

- (A) goza de proteção legal, seu objeto entra na classificação dos bens, sendo suscetível de cessão, e que comete crime quem reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada ou imita-a de modo que possa induzir confusão.
- (B) goza de proteção legal, seu objeto entra na classificação dos bens, mas não é suscetível de cessão, pois se trata de bem incorpóreo, e comete crime quem reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada.
- (C) não goza de proteção legal, exceto para fins patrimoniais consistentes no direito de cessão e comete crime quem a imita de modo que possa induzir confusão.
- (D) goza de proteção legal apenas para fins não patrimoniais, porque, sendo o seu objeto bem imaterial, não é suscetível de cessão e só comete crime quem a reproduz com a finalidade de atingir os direitos morais de seu titular.

- (E) goza de proteção legal mas, por ser o seu objeto bem incorpóreo, os resultados financeiros de sua utilização pertencem apenas a seu titular, não se transmitindo por herança nem podendo ser objeto de cessão a título oneroso, e fica extinta a punibilidade de quem a utiliza sem autorização se ocorrer a morte do titular da marca antes da sentença penal condenatória.

Gabarito: A

Autor: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

Em 14 de maio de 1996, foi promulgada a Lei n. 9279 que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial. O artigo 2º da LPI define que: Art. 2º - A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

Nesse passo, “são bens integrantes da propriedade industrial: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca. O direito de exploração com exclusividade dos dois primeiros se materializa no ato de concessão da respectiva patente (documento pela “carta-patente”); em relação aos dois últimos, concede-se o registro (documento pelo “certificado”).”⁷⁰ A competência para a concessão da patente ou do registro da propriedade industrial é do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e não da Junta Comercial. Em suma, o direito industrial é o ramo do direito comercial que visa resguardar os interesses de empresários, designers e inventores relativamente às marcas, desenho industrial, modelo de utilidade e invenções.⁷¹

São patenteáveis a invenção e o modelo de utilidade enquanto que a marca e o desenho industrial são registráveis junto ao INPI.

A invenção – O art. 8º da LPI dispõe que “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136, v. I.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136, v. I.

Portanto, se a invenção não possuir um destes três requisitos, não será patenteada. Em verdade, a LPI não traz uma definição legal do que seja invenção. Pelo contrário, a LPI define o que não é invenção, ou seja, “em razão da dificuldade em definir invenção, o legislador prefere se valer de um critério de exclusão, apresentando uma lista de manifestações do intelecto humano que não se consideram abrangidas no conceito (LPI, art.10).” Assim, segundo o art. 10 da LPI, não são consideradas invenção: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

O modelo de utilidade – O modelo de utilidade está conceituado no artigo 9º da LPI como “o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.” Nesse sentido, para ser conceituado como modelo de utilidade, o objeto deve representar um avanço tecnológico, algo engenhoso e inovador.

O desenho industrial – O art. 95 da LPI define o que é desenho industrial: “Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.” O desenho industrial é a mudança, a modificação, a transformação na forma dos objetos. Segundo Fábio Ulhoa Coelho,⁷² a característica primordial do desenho industrial é a futilidade: “Quer dizer, a alteração que o desenho industrial introduz nos objetos não amplia a sua utilidade,

⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 138, v. I

apenas o reveste de um aspecto diferente. A cadeira de braços que August Endell projetou em 1899, em Jungendstil (versão alemã do estilo *art nouveau*).”

A marca – O art. 122 da LPI traz o conceito legal de marca: “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

O INPI faz o registro de dois bens industriais diferentes: o desenho industrial e a marca.

Registro de Desenho Industrial e Marca– Requisitos para o registro do desenho industrial: **a) novidade** – “O desenho industrial é novo quando não compreendido no estado da técnica.”⁷³ Estado da técnica é definido como “tudo que foi divulgado, por qualquer meio, até a data do depósito do pedido de registro. Integra, também, o estado da técnica o desenho depositado no INPI, embora ainda não publicado.”⁷⁴ **b) originalidade** – “É a apresentação de uma configuração visual distintiva, em relação aos objetos anteriores (LPI, art. 97).”⁷⁵ **c) desimpedimento:** Para ser registrado no INPI, o desenho industrial tem que estar desimpedido legalmente. “A lei estabelece três impedimentos à concessão do registro de desenho industrial. Não pode ser registrado o desenho que: a) tem natureza puramente artística; b) ofende a moral e os bons costumes, a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso, ou contra idéias ou sentimentos dignos de respeito e veneração; c) apresenta forma necessária, comum, vulgar ou determinada essencialmente por considerações técnicas e funcionais (LPI, arts. 98 e 100).”⁷⁶ Já o “registro de marca está sujeito a três condições: a) novidade relativa; b) não-colidência com marca notória; c)desimpedimento.”

Na questão proposta, discute-se a marca e a sua proteção legal. Nesse diapasão, aduz-se que a marca goza de proteção legal (LPI), seu objeto entra na classificação dos bens, sendo suscetível de cessão. Na cessão de direito industrial, frisa-se que a mesma é o contrato de transferência da propriedade industrial, e tem

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157, v. I.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157, v. I.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157, v. I.

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157-158, v. I.

por objeto a patente ou registro, concedidos ou simplesmente depositados. A cessão pode ser total, quando compreende todos os direitos titularizados pelo cedente, ou parcial. Esta última pode se limitar quanto ao objeto (cede-se parte das reivindicações depositadas ou patenteadas, por exemplo) ou quanto à área de atuação do cessionário (transfere-se o direito de exploração econômica com exclusividade dentro de certo país, por exemplo). Não há cessão temporalmente limitada, na medida em que ela se define como o ato de transferência da propriedade industrial, e não apenas de autorização de seu uso (hipótese relacionada a outro contrato intelectual, a licença).⁷⁷

Por outro lado, releva-se que comete crime quem reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada ou a imita de modo que possa induzir confusão. Os crimes contra as marcas estão previstos nos arts. 189 e 190 da Lei n. 9279/96 que possuem as seguintes redações: **Art. 189.** *Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.* **Art. 190.** *Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.*

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172, v. I.

QUESTÃO 32

O terrorismo, em virtude de sua gravidade e de sua alta lesividade, é considerado pela Constituição como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5o, XLIII). De outro lado, o artigo 37, § 6o, da Constituição estabelece a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. Em determinado caso, um servidor público é investigado por ter, em contato com outros indivíduos, cometido ato de terrorismo, detonando explosivo em imóvel particular de grande circulação, e, por isso, causado lesão a pessoas e danificado bens. A alegada ação ilícita teria sido praticada no horário de expediente do servidor, que teria utilizado, como meio de facilitação do seu acesso ao local alvo do atentado, sua identidade funcional. Nessa hipótese,

- (A) as vítimas dos danos terão direito a ser indenizadas pelo Estado, o qual, nesse caso, não poderá alegar nenhuma excludente de responsabilidade, dado o caráter inafiançável do ilícito.
- (B) as vítimas dos danos não terão direito a ser indenizadas pelo Estado, porque o Estado não responde criminalmente, mas apenas civilmente, pelos atos de seus servidores.
- (C) não há que se cogitar de responsabilidade do Estado, pois, por definição, o Estado é que é a vítima do crime de terrorismo.
- (D) o fato de o agente do suposto crime ser servidor público, agindo em horário do expediente, não é elemento suficiente por si para gerar a responsabilidade do Estado.
- (E) a eventual absolvição penal do servidor público por insuficiência de provas implicará a isenção da responsabilidade do Estado.

Gabarito: D

Autor: Wambert Gomes Di Lorenzo

Comentário:

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal afirma que o Estado apenas responderá por danos praticados por seu agente, se e somente se, eles estiverem atuando nessa qualidade enquanto tal. Ainda que, na hipótese do enunciado, a conduta do agente tenha reflexos penais, na esfera cível não há responsabilidade extracontratual do Estado, pois o autor não agiu na condição de seu agente.

O mesmo pressuposto se encontra no artigo 43 do Código Civil ao prescrever que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros.

A pessoa jurídica enquanto tal é ser intangível, sua presença no mundo dos fatos se dá por meio de seus agentes. Estes, por sua vez, são pessoas físicas capazes de agir consciente e livremente.

Dessa maneira, a expressão *nessa qualidade*, presentes tanto no § 6º do Art. 37 da Constituição Federal quanto do Art. 43 do Código Civil, exige que a pessoa física, para ser qualificada como agente da administração, esteja no exercício de suas funções. Não havendo configuração da conduta como agente público, a pessoa física responderá por sua responsabilidade pessoal, sendo descartada aí, a responsabilidade do Estado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, considera-se agentes do Estado pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado *sejam elas do mais elevado nível hierárquico e tenham amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da Administração.*⁷⁸

Tal agente trata-se de uma pessoa natural que, agindo omissiva ou comissivamente, acarreta dano a terceiro. Tal dano, para que se configure responsabilidade do Estado, deve ocorrer na qualidade de agente deste, não importando a relação jurídica que há entre esta pessoa e a pessoa jurídica de Direito público (ou submetida a regime privado) bastando que aja enquanto comissário da pessoa jurídica. A expressão *nessa qualidade* firma limite para fixação da responsabilidade do Estado.⁷⁹

Referências:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

PESTANA, Márcio. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2008.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 530.

⁷⁹ Cf. PESTANA, Márcio. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2008. p. 514;

QUESTÃO 33

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

Em face dessa norma e de demais normas constitucionais pertinentes, é correto concluir que

- (A) as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser consideradas entidades privadas, desvinculadas da Administração Pública.
- (B) está vedado às empresas públicas e sociedades de economia mista serem prestadoras de serviços públicos.
- (C) as empresas públicas e sociedades de economia mista ainda assim se submetem a determinadas regras de direito público, como, por exemplo, somente pagarem suas dívidas judiciais mediante precatórios.
- (D) na ausência da lei a que se refere o § 1º, do art. 173, da Constituição Federal, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão explorar atividade econômica.
- (E) o regime de livre concorrência, decorrente dos princípios constitucionais da ordem econômica, não é incompatível com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Gabarito: A

Autor: Fábio Cardoso Machado

Comentário:

A afirmação encontrada na resposta “a” é incompatível com o § 1º, inciso II do artigo constitucional citado, pois se as empresas públicas e as sociedades de economia mista fossem ambas “consideradas entidades privadas, desvinculadas da Administração Pública”, seria absolutamente desnecessária e redundante a exigência de lei dispondo acerca da sujeição de tais pessoas jurídicas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.

A assertiva encontrada na resposta “b” contraria diretamente os dispositivos constitucionais transcritos, pois estes tratam precisamente das condições e circunstâncias em que se admite a exploração de atividades econômicas pelo Estado, eventualmente através da prestação de serviços públicos, por empresas públicas e sociedades de economia mista.

Embora as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetam a certas regras de direito público, a exigência de pagamento de dívidas judiciais através de precatório só se aplica à Fazenda Pública (CF, art. 100, *caput*). Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal equiparam à Fazenda Pública as empresas públicas prestadoras de serviços públicos, mas é certo, não obstante, que nem todas as empresas públicas merecem tal equiparação, e que as sociedades de economia mista não integram a Fazenda Pública, razão pela qual não se sujeitam ao regime do precatório. Exclui-se, assim, a resposta “c”.

A resposta “d” também não pode ser considerada correta, pois a lei a que se refere o § 1º do artigo constitucional citado diz respeito ao “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, e não às condições da exploração de atividades econômicas por empresas públicas ou sociedades de economia mista. As condições para uma tal exploração estão estabelecidas pelo *caput* do artigo citado, quando se faz referência “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. E, embora o mesmo dispositivo determine que a lei deva definir o que são os “imperativos da segurança nacional” e o “relevante interesse coletivo”, trata-se de lei diversa daquela que exige o § 1º.

A resposta “e” pode ser, por sua vez, considerada correta, desde que o Estado, ao explorar diretamente alguma atividade econômica, se sujeite ao regime da livre concorrência e deva obediência às regras jurídicas que disciplinam a mesma exploração pelas empresas privadas.

QUESTÃO 34

Com referência aos princípios que regem as relações do Estado brasileiro com os outros Estados, considere as afirmações:

- I - O princípio da defesa da paz e o princípio da solução pacífica de controvérsias internacionais estão relacionados ao reconhecimento do direito à paz (direito de terceira geração) na medida em que buscam garantir a paz de toda a coletividade.
- II - O princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade deriva necessariamente do direito à autodeterminação dos povos (direito de terceira geração), ou seja, ao direito que os povos têm de se desenvolver sem a interferência de outros.
- III - O princípio da não intervenção internacional deixou de ser observado pelo Brasil, recentemente, ao enviar soldados e oficiais para integrar as forças de paz da ONU no Haiti.
- IV - O princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade está, em certa medida, relacionado ao direito ao desenvolvimento, reconhecido pela ONU e pela UNESCO.

São corretas SOMENTE as afirmações

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

Gabarito: C

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário:

A questão de direito internacional público proposta na prova do ENADE 2006, para o curso de Direito, engloba conhecimentos também de direito constitucional. Esta parece ser uma característica muito importante a ser observado pelos alunos: a interdisciplinaridade. Assim, não basta conhecer bem um determinado ramo do Direito, é necessário também observar os pontos de contato entre eles.

Para resolver a questão proposta deve-se, primeiramente, observar o fato de que se trata de discussão envolvendo o artigo 4º da Constituição Federal de 1988, o

qual estabelece quais os princípios que devem reger as relações internacionais brasileiras.

Estabelece o art. 4º da CF/88 o seguinte:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Portanto, o aluno além de conhecer o conteúdo dos primeiros artigos de nossa Constituição, os quais tratam dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, também é instigado a refletir sobre a natureza destes princípios, em especial daqueles que regem nossas relações internacionais. Desse modo, a discussão dos chamados princípios e direitos de primeira, segunda ou terceira geração também está englobada nas assertivas propostas.

Embora seja possível encontrar entre os doutrinadores vários tipos de classificação, a proposta tridimensional é a mais conhecida. Assim, os chamados princípios e direito de primeira geração englobariam os direitos e garantias individuais, os de segunda geração os denominados direitos e garantias sociais e os de terceira geração englobariam o direito à paz, ao meio ambiente limpo, ao desenvolvimento sustentável.

Com esses pontos esclarecidos, podemos passar à solução da questão.

Assim, a assertiva I está correta quando diz que o princípio da defesa da paz e o princípio da solução pacífica de controvérsias internacionais está relacionado ao princípio maior do direito à paz em si, sendo os dois primeiros um desdobramento lógico do terceiro. Como já ressaltamos, estes princípios estão entre aqueles reconhecidos como sendo de terceira geração.

A assertiva II está incorreta, pois induz o aluno a equivocidades. O princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade não deriva necessariamente do direito à autodeterminação dos povos. Por exemplo, o não reconhecimento imediato da existência de um novo Estado pelos demais Estados soberanos não significa a inexistência da nova soberania se o mesmo tiver meios de manter sua integridade territorial. Neste caso, a existência de um novo Estado estaria pautada pelo princípio de sua autodeterminação, a qual, no entanto, estaria completamente afastada de qualquer idéia de cooperação internacional. Para reforçar o argumento podemos lembrar alguns momentos singulares na história da humanidade, como a criação da URSS em 1922.

A assertiva III está incorreta. O princípio da não intervenção internacional somente é afetado quando um Estado soberano não respeita a soberania de outro Estado, afetando, por exemplo, a integridade territorial de um país vizinho, realizando manobras ou invasões militares ou provocando ingerência em assuntos internos. Quando, porém, por questões humanitárias, as quais geralmente envolvem um consenso de diversos Estados soberanos, muitas vezes representado pela chancela de um organismo internacional, como a OEA (Organização dos Estados Americanos) ou ONU (Organização das Nações Unidas), é organizada uma missão militar internacional para manutenção da paz, fica excluída a hipótese de ofensa ao princípio da não intervenção. A presença brasileira nas forças de paz da ONU, no Haiti, enquadra-se perfeitamente na classificação de missões humanitárias. Aqui destacamos também a necessidade do aluno estar atualizado com os principais fatos internacionais contemporâneos.

A assertiva IV está correta, pois o princípio de cooperação entre os povos é um dos caminhos utilizados pelos atores internacionais, especialmente os Estados soberanos, na busca do desenvolvimento social e econômico. Isto pode ser facilmente verificado nos últimos tempos pela criação de diversas organizações

internacionais que pretendem fomentar o comércio e o desenvolvimento: OCDE, EU, MERCOSUL, ASEAN e outros. No âmbito das Nações Unidas isto também pode ser verificado, especialmente pela existência de diversas agências da ONU que pretendem promover a cooperação entre os povos como um dos meios de fomentar o desenvolvimento da humanidade, entre elas podemos citar a UNESCO, a UNCTAD ou a OMC como exemplos.

Assim, a resposta correta é a letra C: assertiva I e IV estão corretas.

QUESTÃO 35

Nas democracias contemporâneas, a soberania interna da ordem jurídica está intimamente associada

- (A) à norma fundamental do pensamento de Kelsen, tendo em vista que toda democracia pressupõe universalidade de direitos.
- (B) às normas do direito internacional, donde derivam as formas pelas quais os regimes democráticos extraem a fundamentação de sua existência.
- (C) às normas derivadas da ética do homem médio, fundamento de todo valor e de todo direito.
- (D) às normas constitucionais, como base de regramento formal e material de todas as normas do sistema jurídico.
- (E) às normas da burocracia de Estado, tendo em vista que o modelo de dominação legal-burocrático do Estado moderno pressupõe atribuição de toda estabilidade do poder à burocracia.

Gabarito: D

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário

A soberania interna da ordem jurídica, isto é, o monopólio do uso da força pelo Estado dentro de seu território, com a conseqüente vedação da autotutela de seus cidadãos (com poucas exceções, como no caso da excludente de ilicitude de legítima defesa própria ou de outrem) é questão que diz respeito à legitimação do sistema jurídico nacional através do processo constitucional, isto é, da formação de uma determinada ordem constitucional e seu respectivo sistema⁸⁰. A partir desse argumento, passamos a analisar as alternativas propostas na prova:

Alternativa “a” – O uso da norma fundamental kelseniana não se presta para fundamentar a ordem constitucional democrática por si só. O normativismo de Kelsen tem outros objetivos do que a universalidade de direitos dentro da chamada ordem democrática. Poderíamos mesmo dizer que a teoria proposta pode servir justamente como pressuposto para objetivos diametralmente opostos. Embora o famoso autor austríaco tenha proposto uma teoria “pura” do direito, a qual portanto

⁸⁰ Ver as seguintes obras nos campos da teoria constitucional, direito processual e teoria sociológica:
- WEBER, Max / DUTRA, Waltensir. *Ensaio De Sociologia*. São Paulo: LTC, 1982.
- SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso De Processo Civil, Volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria Do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

estaria a salvo de qualquer “filosofia política”, ficou igualmente famoso o uso de sua teoria na defesa dos criminosos de guerra nazistas. Assim, a assertiva é contraditória em si e está errada.

Alternativa “b” – A soberania interna da ordem jurídica está relacionada, de um ponto de vista estritamente de relações de poder, com a capacidade que determinado governo tem de manter justamente a ordem interna, sob determinada população e determinado território. Do ponto de vista da teoria jurídica e democrática, a legitimidade da soberania interna reside em uma ordem constitucional que defenda um processo eleitoral justo⁸¹, o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e a separação de poderes. A existência ou inexistência de reconhecimento internacional da soberania de um Estado, assim como de tratados internacionais porventura assumidos por um Estado Soberano, no sentido da manutenção das garantias democráticas, não implica em si na fundamentação do próprio regime democrático e no respeito aos direitos fundamentais. Estes são transcendentais, independem do reconhecimento internacional, apesar da relevância política dos tratados internacionais que promovem a defesa dos mesmos. Dessa forma, a assertiva está errada, pois tanto a soberania interna da ordem jurídica quanto do regime democrático não possui seu fundamento último na ordem internacional.

Alternativa “c” – A questão ética, envolvendo a discussão sobre o papel do chamado “homem médio”, como proposta na assertiva, não se relaciona com a discussão da legitimidade democrática e a soberania interna da ordem jurídica. Como visto nos comentários feitos nas alternativas acima, o regime democrático e a efetividade da ordem jurídica interna são questões relacionadas com a real capacidade de um governo manter a ordem interna com respeito ao Estado Democrático e de Direito, isto é, respeito ao processo eleitoral justo, aos direitos e garantias fundamentais e à separação de poderes. Portanto, a assertiva está errada.

⁸¹ Vale lembrar a redação do art. 1º, inciso V e parágrafo único, de nossa Constituição vigente, isto é, atual, promulgada em 05 de outubro de 1988: “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: *I* - a soberania; *II* - a cidadania; *III* - a dignidade da pessoa humana; *IV* - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; *V* - **o pluralismo político**. **Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.**”

Alternativa “d” – A assertiva está correta, pois o Estado Democrático e de Direito retira seu fundamento na existência de uma ordem constitucional material (isto é, concreta, de fato) e formal (existência de um sistema jurídico efetivamente respeitado pela sociedade). Os conceitos de constituição material e formal são fundamentais para que o candidato perceba toda a extensão e complexidade das questões postas nesta assertiva. Em brevíssimo comentário, podemos lembrar que a constituição material de um povo é a sua própria estrutura social, política, histórica e cultural. Por sua vez, o conceito de constituição formal, que está englobada pelo conceito de constituição material, está simbolizado pela existência de um sistema jurídico piramidal, com a constituição formal no topo do sistema, sendo na maior parte das vezes instrumentalizada em uma constituição escrita⁸². Assim, a alternativa está correta.

Alternativa “e” – A assertiva pretende fundamentar a democracia e o Estado de Direito a partir da necessidade do Estado moderno de desenvolver estruturas burocráticas complexas, as quais garantiriam a estabilidade e a ordem interna⁸³. Todavia, apesar da importância das estruturas burocráticas contemporâneas como instrumentos de efetivação dos controles político e jurídico, como analisamos nas alternativas acima, o fundamento do regime democrático e da soberania interna da ordem jurídica está relacionado à efetividade do controle de um governo quanto à manutenção da ordem dentro de seu território e à existência de um sistema constitucional material e formal garantidores do pluralismo político, do respeito aos direitos humanos e do equilíbrio na atuação dos poderes estatais. Assim, a assertiva está errada.

⁸² Uma obra interessante que analisa a teoria da constituição e do estado, esclarecendo os conceitos de poder constituinte material e formal, assim como de constituição material, formal e instrumental é o livro do professor Jorge Miranda, *Teoria Do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁸³ Ver, sobre isso, as obras de Max Weber, quanto ao papel das burocracias na estrutura estatal.

QUESTÃO 36

Alguém publica em uma página pessoal na rede mundial de computadores, fotos de crianças e adolescentes (entre 8 e 16 anos) nuas ou em situações que denotam atividade sexual. O Ministério Público não conseguiu, ainda, desvendar a identidade do autor, mas tem provas de que as fotos estão disponíveis em um *site* controlado por uma empresa estrangeira. Conseguiu provar, também, que foram disponibilizadas na rede mundial de computadores por meio de um computador situado no Brasil e que todos os acessos a tais fotos ocorreram por meio de computadores também situados no Brasil.

Com base nos dados acima, é possível afirmar que o crime

- (A) está sujeito à aplicação da lei brasileira, já que praticado por brasileiro no exterior.
- (B) está sujeito à aplicação da lei brasileira, já que praticado no Brasil, independentemente da nacionalidade do agente.
- (C) está sujeito à aplicação da lei brasileira, já que o Brasil se obrigou a reprimi-lo por meio de um Tratado Internacional.
- (D) não está sujeito à aplicação da lei brasileira, já que praticado no país da sede da empresa estrangeira.
- (E) não está sujeito à aplicação da lei brasileira, já que praticado por estrangeiro no Brasil.

Gabarito: B

Autores: Alexandre Lima Wunderlich e Rafael Canterji

Comentário:

Nesta questão, a partir de seu enunciado, é importante registrar que, mesmo sendo o provedor onde o site está hospedado controlado por empresa estrangeira, quem inseriu as fotos lá e as acessa o faz através de computador localizado no Brasil.

A primeira questão que se apresenta é acerca da aplicação ou não da lei brasileira. Para tanto, consigne-se que no Brasil, nos termos do previsto no art. 6º, do Código Penal, foi adotado o princípio da ubiquidade, através do qual se considera

como local do crime tanto onde foi praticada a ação, como onde se produziu o resultado.

Assim, tendo sido praticada a ação no Brasil, aplica-se a lei penal brasileira, motivo pelo qual não estão corretas as alternativas 'd' e 'e'.

Importante: no enunciado, não há referência à nacionalidade do agente, fato que é relevante, já que sendo praticada a conduta em território nacional, aplicável será a lei brasileira, independente da nacionalidade do agente, sendo correta a alternativa 'b'.

QUESTÃO 37

Considere o seguinte trecho, extraído da obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, de Victor Nunes Leal.

Sobre o problema da discriminação tributária, como tivemos oportunidade de ver, grandes e eruditas tertúlias registram nossos anais parlamentares, ilustrando plenamente o dito popular: em casa onde falta o pão, todos brigam, ninguém tem razão. Ainda assim, a divisão da pobreza poderia ter sido mais eqüitativa do que é costume entre nós. A maior cota de miséria tem tocado aos municípios. Sem recursos para ocorrer às despesas que lhes são próprias, não podia deixar de ser precária sua autonomia política. O auxílio financeiro é, sabidamente, o veículo natural da interferência da autoridade superior no governo autônomo das unidades políticas menores. A renúncia, ao menos temporária, de certas prerrogativas costuma ser o preço da ajuda, que nem sempre se inspira na consideração do interesse público, sendo muitas vezes motivada pelas conveniências da militância política.

Exemplo característico da perda de atribuições por motivo de socorro financeiro encontramos na lei mineira no 546, de 27 de setembro de 1910. Essa lei, conhecida pelo nome do Presidente que a sancionou, Bueno Brandão, permitiu ao Estado fazer empréstimo aos municípios para abastecimento d'água, rede de esgotos e instalações de força elétrica. Condicionava, porém, esses empréstimos à celebração de acordo, em virtude do qual pudesse o Estado arrecadar rendas municipais para garantir o serviço de amortização e juros. Os empréstimos anteriores, ainda mediante acordo, também poderiam ser unificados e submetidos ao mesmo regime. A exigência do acordo era uma reverência ao princípio jurídico da autonomia municipal, mas, em certos casos, essa ressalva lembraria a liberdade que tem o operário de discutir o salário em época de desemprego.

Outro exemplo, de conseqüências mais profundas, deparamos na lei baiana no 2.229, de 18 de setembro de 1929. Nos municípios em que houvesse serviço municipal sob responsabilidade do Estado, ou que tivessem contrato abonado ou afiançado pelo Estado, o prefeito e o administrador distrital não seriam eletivos, mas de livre nomeação e demissão do governador.

(LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975. p. 178-179)

Em face do regime constitucional hoje vigente no Brasil,

- a) Os Municípios, dada a posição que ocupam na Federação, poderiam renunciar a prerrogativas próprias de sua autonomia? Por quê?
(valor: 4,0 pontos)
- b) Responda, justificando, se as competências tributárias, entendidas como competências para criação dos tributos, são delegáveis entre os entes da Federação.
(valor: 3,0 pontos)
- c) Indique, explicando-os sucintamente, dois exemplos de instrumentos de cooperação pelos quais um Município pode transferir ou compartilhar com outros entes federativos a execução de serviços públicos municipais.
(valor: 3,0 pontos)

Padrão de Resposta:

- a) A resposta é negativa. Espera-se seja apresentado, como fundamento principal da resposta, o enquadramento, pela Constituição de 1988 (arts. 1º, 18, 29 e 30), do Município como ente da Federação, gozando de todos os aspectos da autonomia: política, legislativa, administrativa, financeira e, principalmente (novidade do regime de 1988), de auto-organização. A resposta deve conter a idéia de que os entes da Federação não podem alterar, a seu critério, as prerrogativas que lhes são fixadas pela Constituição. Como argumento de reforço, pode-se apontar que a relevância da preservação da Federação no sistema constitucional é evidenciada por dispositivos como art. 34, VII, “c” e art. 60, § 4º, I.
(valor: 4,0 pontos)
- b) A competência tributária, assim como se passa com as competências constitucionais em geral dos entes da Federação, são indelegáveis, dada a supremacia da Constituição. Essa idéia decorre da manutenção da estrutura e do equilíbrio federativo, decorrentes da Constituição.
(valor: 3,0 pontos)
- c) Como exemplos, podem ser mencionados os convênios de cooperação e os consórcios públicos, nos termos do art. 241 da Constituição e da Lei nº 11.107/05, lembrando-se que convênios mantém natureza contratual e os consórcios públicos dão origem a pessoas jurídicas distintas dos entes consorciados; pode também ser mencionada a figura tradicional da concessão

de serviços públicos, em relação à qual uma pessoa integrante da Administração pública de um ente federativo pode apresentar-se como concessionário de serviço público de titularidade de outro ente; e ainda pode ser lembrada a previsão do parágrafo único do art. 23 da Constituição.

(valor: 3,0 pontos)

Autora: Maren Guimarães Taborda

Comentário:

Tendo em vista as questões formuladas e as respostas padrão oferecidas, é possível, na perspectiva da *Teoria da Constituição*, tecer as seguintes considerações:

1. Mesmo que aluno não conhecesse a obra reproduzida (fundamental, aliás, para a compreensão adequada do constitucionalismo brasileiro), poderia atingir os objetivos raciocinando com conteúdos trabalhados na disciplina de *Direito Constitucional I*, principalmente no que diz respeito ao *princípio federativo*. Tal dedução decorreria da leitura da seguinte oração: "(...) A maior cota de miséria tem tocado aos municípios. Sem recursos para ocorrer às despesas que lhes são próprias, não podia deixar de ser precária sua autonomia política.(...)" Se relacionasse, ainda, o princípio federativo com alguns conceitos básicos da *Teoria Geral do Direito Administrativo* (disciplina de *Direito Administrativo I*), poderia oferecer respostas mais completas.
2. De fato, o federalismo surgido da experiência política norte-americana foi um expediente político constituído de dois elementos fundamentais: a) repartição de competências entre o governo nacional e os governos locais por via de uma constituição rígida e b) influência direta e indireta dos Estados-membros nas decisões da União. Surgia, assim, uma nova forma de Estado contraposta ao Estado Unitário, intermediária entre esta e a Confederação de Estados: o Estado Federal.
3. Segundo a repartição de competências então realizada, a soberania só pertence ao Estado Federal e a autonomia aos membros que se unem (*foedus, foederis*). Do ponto de vista do Direito Internacional, a Federação é esfera interna de competências, criada pelo Estado. No Brasil, a partir da Constituição republicana

de 1891, o Estado, antes unitário, tomou forma de uma Federação, obtida de forma artificial, de caráter militar, concedendo-se às antigas províncias mais poder que de fato tinham, porque as idéias federalistas vinham associadas ao republicanismo.

4. Do ponto de vista técnico (jurídico), o conceito de federalismo não tem conteúdo certo. O que diferencia um Estado Federal de um Unitário é o grau de descentralização de competências por via de Constituição, pois que, nos Estados Federais, os entes são coletividades que gozam de competências exclusivas tanto na ordem constitucional quanto administrativa. O que faz um Estado ser federal não é a existência de um Governo Federal, mas de governos locais. À medida que aumentam os poderes chamados federais decresce a significação do elemento federativo - a força e características federais estão na razão inversa dos poderes do governo central: onde a competência local é maior, mais acentuada a Federação.
5. O Federalismo, hoje, é princípio rector, isto é, tido como forma de governo democrático, justamente pela consideração de que a descentralização é instrumento fundamental do exercício da democracia, porquanto os cidadãos estão mais perto do poder decisório. A Federação, é, nestas condições, um processo em constante aperfeiçoamento, sendo a transplantação, para o plano geográfico, da tripartição dos poderes do plano horizontal. Por esta razão, a Federação só tem realidade do ponto de vista do direito interno. Cabe salientar que, no Brasil, o modelo teórico de federação não corresponde a uma autêntica e efetiva autonomia das entidades federativas, pois, embora tenha constado em diversas Constituições esta forma de Estado, de fato, muitas vezes, sonegou-se a autonomia dos Estados e Municípios. Autonomia é atuação discricionária em um quadro definido de competências e, no Brasil, a Constituição de 1988 devolveu aos municípios a condição de entidade federativa, isto é, de pessoa jurídica pública-política com autonomia na condução de seus negócios, consoante artigo 1º (Princípios Fundamentais).
6. De acordo com a concepção que a Carta Política em vigor encerra, a Federação é formada pela União e unidades territoriais com autonomia administrativa, financeira e política: as Constituições dos Estados e as Leis Orgânicas dos

Municípios são por eles mesmos votados. Sendo assim, os Municípios, no Estado Federal Brasileiro desfrutam de autonomia similar à dos Estados-membros, visto que não lhes faltam um campo de atuação delimitado, leis próprias e autoridades suas. A regra de ouro do pacto federativo é, então, a de que nada será exercido por um poder superior que possa ser cumprido pelo inferior e, nesse sentido, o Município prefere ao Estado-membro e este à União. Conseqüências diretas dos princípios constitucionais são *as competências legislativa e tributária das unidades territoriais*, além de um sistema de repartição de receitas tributárias, que garantem, igualmente, a autonomia de tais entidades.

7. Nessas condições, se a ordem jurídica, nos Estados modernos, é uma união de normas primárias (que estabelecem diretamente as condutas) e secundárias (que conferem competência, isto é, estabelecem quem, como e quando se pode produzir norma primária válida), a regra (escrita ou não) sobre a fonte do poder estatal, em que se distribuem competências, se acumulam e se separam poderes, é a Constituição. As Constituições, necessariamente, contêm, por conseguinte, regras jurídicas de devolução de poderes - corte horizontal de competências - onde se indica qual a competência dos poderes centrais e dos poderes locais, ou dos poderes centrais e municipais, ou locais e municipais (se for este o modelo de organização), bem como regras jurídicas de diferenciação de competências - corte vertical -, definindo a extensão dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta configuração, à toda evidência, é fruto da experiência política do séc. XVIII, claramente influenciada pela obra de Montesquieu (*O Espírito das Leis*).
8. Isso posto, *os municípios, dada a posição que ocupam na Federação, não podem renunciar a prerrogativas próprias de sua autonomia*. A forma federativa de Estado não pode ser alterada ou extinta sem uma ruptura radical da ordem jurídica vigente, por ser a Constituição Brasileira uma carta política rígida, isto é, que se utiliza de uma técnica defensiva (rigidez constitucional), dependendo de dificuldades (absolutas ou relativas) de mudança e da resistência que lhes opõem aos atos inconstitucionais que as tentem mudar. O *art. 60 da CF* estabelece a proibição da quebra da Federação por via de emenda, repetindo os termos da Carta de 1967. Assim, qualquer emenda tendente a modificar a forma

federativa de Estado, a forma do sufrágio, bem como as garantias aos Direitos Fundamentais do cidadão é proibida. No entanto, na prática, as leis ou emendas que modificam a repartição de receitas tributárias, por exemplo, significa, concretamente, a abolição do pacto federativo. Se os municípios pudessem renunciar à sua autonomia, por conta própria, tal conduta constituiria uma lesão tópica ao princípio federativo, embora não o suprimisse.

9. A preservação da Federação também pode ser apontada como a finalidade da regra contida no *art.25, parágrafo primeiro e 30, inciso III, da CF*, pois *um dos pilares da federação é a competência tributária privativa* de cada ente federado. Isso é assim porque a Constituição relaciona o conteúdo da *autonomia municipal* de modo particular e especial à possibilidade de “instituir e arrecadar os tributos de sua competência”. Em tal perspectiva, nem mesmo o Congresso Nacional pode delimitar a área de competência privativa de qualquer das pessoas públicas-políticas criadas pela Constituição. Aceitar o contrário, isto é, que a legislação complementar ou ordinária federal pode invadir a esfera de competências dos Municípios, (à exceção da disciplina dos conflitos de competência ou regulação de limitações constitucionais ao poder de tributar) é sustentar os seguintes equívocos científicos: - que a lei complementar pode, no caso, anular a Constituição; - que a Constituição é flexível, podendo ser modificada por lei complementar; - que a sistemática de outorga de competências tributárias privativas plenas pode ser derogada; - que, em todos os casos, a lei complementar é necessária entre a Constituição e a lei ordinária; - que a lei complementar possa ter finalidades outras que não sejam traçar os critérios para dirimir conflitos de competência tributária entre as pessoas tributantes e, finalmente, que o Município não é autônomo em matéria tributária, mas tem sua competência determinável pelo legislador federal.
10. O princípio federativo e, por conseguinte, o da autonomia dos entes federados não significa, contudo, que estes não possam transferir ou compartilhar entre si a *execução de serviços públicos*, uma vez que a Constituição é expressa no sentido de que eles devam colaborar e cooperar para a manutenção da *unidade nacional* ou *unidade política*. A tarefa de formação e conservação da unidade

política⁸⁴ é do Estado - atuação e atividade dos poderes que se constituem sobre a base da unidade sempre a ser formada, conservada e continuando a formar. Como o nascimento da unidade política é um processo permanente, necessita de uma colaboração organizada, ordenada procedimentalmente, isto é, de uma ordem jurídica que garanta “o resultado da colaboração formadora de unidade e o cumprimento das tarefas estatais”. A Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade, que determina os princípios retores da formação da unidade política e das tarefas estatais, regulando os procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade e fundamentando competências. Por isso, *a previsão constitucional de celebração de convênios de cooperação e as concessões e delegações de serviços públicos*.

11. Isso é assim porque a Administração Pública contemporânea se utiliza, cada vez mais, de formas negociais de relacionamento com os administrados, isto é, de contratos e de convênios. No âmbito interno da Administração pública, desenvolve-se o conceito de **cooperação**, através das formas clássicas dos consórcios e convênios e de formas novas, como os contratos de gestão (acordos para a realização de programas específicos de administração pública: acordos de programa). Já no âmbito externo, fala-se em **colaboração**, através da gestão em parceria (convênios e contratos de gestão) e da gestão admitida (reconhecimento).
12. Como consubstanciado na doutrina administrativista francesa (seguida no Brasil), o serviço público é a atividade assumida por uma coletividade pública com o propósito de dar satisfação a uma necessidade de interesse geral, com a necessidade de participação de uma pessoa pública e, extensivamente, toda atividade que uma coletividade pública decide assumir porque lhe parece que a realização dessa atividade é necessária ao interesse público ou geral, a prestação de um serviço público “está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí porque

⁸⁴ Unidade política é “unidade de ação possibilitada e produzida por acordo ou compromisso, por aprovação tácita ou mera aceitação e respeito, eventualmente, até por coação exercida exitosamente, portanto, uma unidade funcional. Essa é pressuposto para isto, que no interior de um determinado território decisões obrigatórias possam ser tomadas e sejam cumpridas, que, portanto, exista “Estado” e não anarquia ou guerra civil”, diz HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 30. Tradução da 20^a. ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

serviço público é um tipo de *atividade econômica*".⁸⁵ Tais serviços, se forem considerados "serviço de utilidade pública" são remunerados por *tarifa* ou *preço*. No caso, interessa ou que o Estado preste ele mesmo os serviços públicos ou que apenas assegure a sua prestação por meio de delegatários. Os serviços de utilidade pública facilitam a vida do indivíduo na comunidade, não são essenciais, e, além disso, são considerados "impróprios", porque *satisfazem interesses comuns e são rentáveis*. São *uti singuli*, porque são serviços de utilização particular e são sempre mensuráveis. Tais serviços públicos de utilidades, específicos e divisíveis podem ser remunerados por *preços* (regime contratual) ou por *taxas* (regime de direito público), e é o legislador quem define o regime. Aliás, na teoria das taxas, o único critério seguro de distinção para com os preços diz respeito *ao regime jurídico adotado pelo legislador*, de modo que, quando o Estado diretamente presta serviço público exercendo poder de polícia, a remuneração é taxa, da mesma forma que a remuneração é por taxa quando o Estado presta diretamente o serviço. Na mesma medida, quando o Estado "engendra instrumentalidades" para, em regime de direito privado, *sob delegação*, prestar utilidades, adota-se o regime de *preços*.

13. Sendo assim, se os Municípios podem delegar ou transferir a prestação de serviços públicos aos particulares, com mais razão podem fazê-lo com os demais entes federativos, seja através de convênios, concessão de serviços públicos ou mesmo, consórcios, como definidos na Lei 11.107/05.

ANTE O EXPOSTO, entendo que as questões de prova relativas com o princípio federativo e a autonomia municipal podem ser adequadamente respondidas desde que o aluno relacione os conteúdos da *Teoria da Constituição* com aqueles presentes na *Teoria Geral do Direito Administrativo* e na *Teoria Geral do Direito Tributário*.

Referências:

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6^a. Ed. São Paulo: RT, 1987

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*, *cit.*, *idem*.

GRAU, Eros Roberto. 'Constituição e Serviço Público', *In: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2001

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, pág. 30. Tradução da 20ª. ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª. Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997

MENEZES DE ALMEIDA, *Fernanda Dias*. *Competências na Constituição de 1988*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

QUESTÃO 38

O advogado José foi contratado por Antonio para propor ação indenizatória, julgada procedente. O advogado, porém, levantou a importância depositada pelo réu, negando-se a entregá-la ao seu cliente, sob a alegação de que as despesas que tivera e seus honorários superavam o valor da indenização, que foi inferior ao pretendido. Antonio moveu ação de prestação de contas contra José e noticiou o fato à autoridade policial, do que resultou processo criminal contra José pelo crime de apropriação indébita, sendo condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e multa de dez dias-multa, fixando-se o dia-multa em um trigésimo do salário-mínimo. A pena privativa de liberdade foi convertida em pena de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, esta no valor de cinco salários mínimos. Após estar definitivamente condenado, José faleceu, sem ter pago, ainda, o que devia a Antonio, conforme ficara assentado na ação de prestação de contas, cuja sentença transitou em julgado. Antonio, com dúvida acerca do que iria acontecer, em razão do óbito de José precisa de esclarecimentos fundamentados sobre as seguintes questões:

- a) *poderia Antonio, que não adiantara o valor das despesas, exigir prestação de contas de José?*
(valor: 3,0 pontos)
- b) *os herdeiros de José terão de pagar o valor devido a Antonio conforme fixado na ação de prestação de contas?*
(valor: 3,0 pontos)
- c) *há alguma conseqüência da condenação penal para os herdeiros de José ou em favor de Antonio?*
(valor: 4,0 pontos)

Padrão de Resposta:

- a) Sim, porque a obrigação de prestar contas não se confunde com existência de dívida. Aquele que está obrigado a prestar contas pode inclusive ter crédito. A obrigação de prestar contas é própria do contrato de mandato.
(valor: 3,0 pontos)
- b) Sim, porque embora não fossem legitimados para a ação de prestação de contas, que se desenvolve em duas fases, são obrigados pela dívida já apurada enquanto era vivo o obrigado a prestar contas.
(valor: 3,0 pontos)

- c) No que se refere às penas impostas a Antonio, em virtude do princípio da personalidade das penas, elas não serão estendidas aos herdeiros.

(valor: 4,0 pontos)

Autor: Mariângela Guerreiro Milhoranza e Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Comentário:

- A) Antonio pode exigir prestação de contas de José porque não se confunde a existência de dívida com a obrigação de prestar contas. Por outro lado, frisa-se que aquele que está obrigado a prestar contas pode até ter crédito.
- B) Os herdeiros de José terão de pagar o valor devido a Antonio de acordo com o que foi fixado na ação de prestação de contas. Mesmo que os herdeiros de José não sejam legitimados para a ação de prestação de contas, ainda assim os mesmos são obrigados pela dívida já apurada enquanto era José era vivo.
- C) Em relação à condenação penal, pondera-se o seguinte: 1- Conforme Celso Delmanto *et all*, “pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário a quem praticou ilícito penal.”⁸⁶ Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Entre os princípios da sanção penal, a Constituição Federal consagra, no inciso XLV, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Portanto, no que se refere às penas impostas a Antonio, em virtude do princípio da personalidade das penas, elas não serão estendidas aos herdeiros.

⁸⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

QUESTÃO 39

Eustáquio, com 14 anos de idade, é contratado como aprendiz pela empresa “Sapatos & Cia. Ltda.” para aprender o ofício de sapateiro. O Ministério Público do Trabalho, após verificar denúncia anônima de exploração do trabalho infantil alega violação da Convenção 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), ratificada pelo Brasil, em 2002. Esta convenção proíbe o trabalho de menores de 15 anos. Alega, ainda, violação da Constituição Federal (art. 7º, inc. XXXIII) por considerar a atividade do aprendiz insalubre.

Responda justificadamente:

- a) A função de aprendiz configura exploração do trabalho infantil?
(valor: 3,0 pontos)
- b) Se Eustáquio contasse entre 16 e 18 anos de idade e fosse contratado pela empresa, mas não na função de aprendiz, para realizar atividade insalubre, esta situação violaria o ordenamento jurídico vigente?
(valor: 4,0 pontos)
- c) A eventual violação da Convenção 138 da OIT, no caso narrado no enunciado, configura responsabilidade internacional do Estado brasileiro?
(valor: 3,0 pontos)

Padrão de Resposta:

- a) Não, na medida em que o aprendiz é contratado para o ensino de um ofício ou profissão, com carga horária reduzida e condições privilegiadas, possibilitando o exercício do direito à educação que tem, justamente, a qualificação da pessoa para o trabalho como um de seus objetivos.
(valor: 3,0 pontos)
- b) Sim, pois a Constituição Federal (art. 7º, inc. XXXIII) não permite a contratação de menores de dezoito anos para exercerem trabalho noturno, nem atividade insalubre.
(valor: 4,0 pontos)
- c) Configurada a violação, em tese estará configurada a Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro. No entanto, os foros internacionais têm sustentado a necessidade de esgotamento dos recursos internos e, portanto, como o Ministério Público tomou a iniciativa de investigar o caso, a

responsabilidade internacional deixa de existir, na medida em que afastada a culpa (na modalidade negligência) do Estado brasileiro.

(valor: 3,0 pontos)

Autora: Sonilde Kugel Lazzarin

Comentário:

A Convenção nº 138 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, de 1973 foi ratificada pelo Brasil em 2002. Tal Convenção visa uma política que propicie a efetiva abolição da utilização da mão-de-obra infantil e eleve, gradativamente, a idade mínima de admissão no emprego a um nível apropriado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente. Os padrões internacionais vigentes indicam que o trabalho precoce consolida e reproduz a miséria, inviabilizando que a criança e o adolescente suplantem suas deficiências estruturais através do estudo. Por isso, é que a Organização Internacional do Trabalho, através da referida Convenção proíbe qualquer trabalho anteriormente à idade de quinze anos.⁸⁷ Na verdade, a Convenção não fixa uma idade mínima; permite que os Estados-membros especifiquem, por meio de declaração, a idade mínima para admissão no labor, desde que não seja inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer circunstância, inferior a quinze anos. Abre, no entanto, uma ressalva, no art. 2º, 4: permite que, o Estado-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de 14 anos.⁸⁸

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original não avançou satisfatoriamente nesse tema, uma vez que fixava 14 anos como idade mínima para o trabalho, admitindo trabalho de aprendizagem desde os 12 anos. Foi somente com a Emenda Constitucional n.20 de 1998 que a idade mínima para o trabalho foi elevada para 16 anos, fixando em 14 anos o limite para o contrato de aprendizagem.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2009, p. 731.

⁸⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – **Convenção 138**. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf. Acesso em 29 jul 2009.

Ainda, a Constituição Federal, no art. 7º, XXXIII⁸⁹ proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de dezoito anos de idade.

Resposta e comentário do item A:

Não. A função de aprendiz não configura exploração do trabalho infantil, trata-se de contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.⁹⁰

O contrato de aprendizagem tem características próprias, havendo a combinação do caráter discente, juntamente com a prestação de serviços. Tem, entretanto, carga horária reduzida a fim de possibilitar o exercício do direito à educação. Além disso, ao aprendiz é garantido o salário mínimo hora e o prazo máximo contratual é limitado há dois anos.

A duração do trabalho não pode exceder de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação da jornada, pois o objetivo, como acima referido, é a aprendizagem. Embora tenha a qualificação do trabalhador como um de seus objetivos, indiscutivelmente trata-se de modalidade empregatícia, como aduz Martins⁹¹, se o pacto compreende trabalho, ainda que diga respeito a aprendizagem do trabalhador, com pagamento de salário e subordinação, existe contrato de trabalho de natureza especial.

Para os portadores de deficiência não é aplicada a idade máxima de 24 anos para a pactuação contratual.

Por fim, é importante mencionar que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

⁸⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁰ Art. 428 da CLT (BRASIL. *Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009)

⁹¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 614.

Resposta e comentário do item B:

Sim. No sistema brasileiro, de acordo com a Constituição Federal, art. 7º, XXXIII há proibição expressa para contratação de trabalhadores menores de 18 anos em atividades insalubres, perigosas ou noturnas.

A legislação trabalhista emprega a palavra menor para o trabalhador de 14 a 18 anos, ou seja, é a pessoa que ainda não tem capacidade plena. O menor não é incapaz de trabalhar, não está incapacitado para os atos da vida trabalhista, apenas a legislação dispensa-lhe uma proteção especial. Os fundamentos para esta proteção especial são de ordem fisiológica, de segurança, de salubridade, de moralidade e culturais. Justificam-se as razões fisiológicas para que seja possível o seu desenvolvimento normal, sem os inconvenientes das atividades mais penosas para a saúde; razões de segurança, porque os menores, pelo mecanismo psíquico de atenção, expõem-se a riscos maiores de acidentes de trabalho; de salubridade, impondo-se sempre afastar os menores dos materiais ou locais comprometedores para seu organismo; de moralidade, por haver empreendimentos prejudiciais à moralidade do menor e de cultura, para que seja assegurada ao menor uma instrução adequada.⁹²

Resposta e comentário do item C:

No caso hipotético narrado não configuraria responsabilidade internacional do Estado brasileiro tendo-se em vista que o Ministério Público do Trabalho, após verificar a denúncia anônima de exploração do trabalho infantil alega violação da Convenção 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), ratificada pelo Brasil, em 2002. Desse modo, tendo o Ministério Público do Trabalho tomado a iniciativa de investigação não há responsabilidade internacional. Esta poderia haver no caso de negligência do Estado brasileiro em tomar qualquer iniciativa frente à violação da norma internacional. Além disso, para a referida responsabilização internacional, conforme o padrão de resposta⁹³ constante na página do ENADE, seria necessário o esgotamento dos recursos internos.

⁹² NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 710.

⁹³ Provas e Gabaritos - Enade 2006 - Padrão de Resposta - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Disponível em <http://www.inep.gov.br/superior/enade/2006/provas.htm>. Acesso em 29 jul 2009.

Referências:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – **Convenção 138**. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf. Acesso em 29 jul 2009.

Provas e Gabaritos - Enade 2006 - Padrão de Resposta - **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP)**. Disponível em <http://www.inep.gov.br/superior/enade/2006/provas.htm>. Acesso em 29 jul 2009.

QUESTÃO 40

Ao desabar muito do que tem sido o estado-nação, como realidade e imaginação, logo fica posto o desafio para as ciências sociais. O paradigma clássico, cujo emblema tem sido a sociedade nacional simbolizada no estado-nação, está posto em causa. Continuará a ter vigência, mas subordinada à globalização, à sociedade global, como realidade e imaginação. O mundo não é mais apenas, ou principalmente, uma coleção de estados nacionais, mais ou menos centrais e periféricos, arcaicos e modernos, agrários e industrializados, coloniais e associados, dependentes e interdependentes, ocidentais e orientais, reais e imaginários. As nações transformaram-se em espaços, territórios ou elos da sociedade global. Esta é a nova totalidade em movimento, problemática e contraditória. Na medida em que se desenvolve, a globalização confere novos significados à sociedade nacional, como um todo e em suas partes. Assim como cria inibições e produz anacronismos, também deflagra novas condições para uns e outros, indivíduos, grupos, classes, movimentos, nações, nacionalidades, culturas, civilizações. Cria outras possibilidades de ser, agir, pensar, imaginar.

(IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 87)

Sob o signo da globalização, muitas transformações estão se processando, com impactos severos na dinâmica da vida contemporânea.

a) A intensificação do terrorismo é uma das reações aos entchoques da vida globalizada? Por quê?

(valor: 5,0 pontos)

b) Existem conflitos entre os direitos humanos positivados e as políticas de segurança dos estados-nação? Por quê?

(valor: 5,0 pontos)

Padrão de Resposta:

a) Sim, o terrorismo representa uma organização em rede de forças de reação à globalização, na medida em que o desmanchar de tradições, culturas, símbolos e demais representações nacionais são abaladas pelo crescente processo de aproximação dos povos. Neste sentido, o terrorismo não reage à globalização somente por motivos políticos, mas também por motivos culturais, religiosos, econômicos e sociais. Sua reação explosiva contra vítimas anônimas, cujas

faces se revelam somente após cada ataque pontual, é a característica mais clara desta luta contra um inimigo também anônimo.

(valor: 5,0 pontos)

- b) Sim, os conflitos existem, na medida em que o enrijecimento dos processos de controle de imigração gera tensões nacionais que tornam ambígua a disputa pela inclusão social de imigrantes. Ademais, direitos humanos de primeira geração são cassados dos próprios cidadãos nacionais (direito ao sigilo de correspondência, direito à liberdade de expressão...) em nome da segurança nacional, como mecanismo de contenção da violência e do terrorismo.

(valor: 5,0 pontos)

Autor: Cláudio Lopes Preza Júnior

Comentário:

O texto de referência, de Octávio Ianni, contrapõe a tradicional visão da soberania estatal, representada na figura do Estado-Nação, e os novos desafios da denominada globalização, representados pelo incremento nos fluxos de pessoas, mercadorias, capitais, conhecimento e informações. Assim, de um lado, destaca-se a permanência de um sistema interestatal, caracterizado pelas relações de poderes entre Estados “fortes” e “fracos”, e do outro lado, a relativização de questões tradicionais como a soberania e o controle incontestado dos territórios pelos governos. Como síntese, afinal, deve-se destacar que as tradicionais estruturas do sistema *westphaliano*¹ continuaram a existir, convivendo lado a lado com os novos desafios impostos pelo fenômeno da sociedade globalizada.

Dentro dessas reflexões, a questão do terrorismo e das táticas utilizadas no seu combate é utilizada como elemento de verificação do conhecimento do candidato sobre as contradições geradas pelo fenômeno da globalização. Como um exemplo de contradição, devemos citar o caso de Estados (EUA especialmente) com larga tradição democrática e de proteção aos direitos fundamentais que no combate ao terrorismo “flexibilizaram” uma série de direitos e garantias individuais. Esta perspectiva pode igualmente ser vislumbrada no tratamento contraditório à questão da imigração. Embora o fluxo transfronteiriço de pessoas tenha aumentado de maneira significativa após o fim da Guerra Fria, o fato é que as políticas nacionais

de controle migratório têm se tornado mais rígidas em diversos Estados, sejam eles ricos ou pobres.

Assim, as respostas sugeridas nas letras “a” e “b” acima correlacionam o trecho de texto divulgado aos candidatos com exemplos importantes acerca das contradições entre o clássico sistema de garantias estatais, baseados na supremacia do Estado-Nação e seu direito interno, com os desafios à segurança desse mesmo sistema representado pelas estratégias de grupos terroristas ou, ainda, pelo caótico movimento de pessoas através do mundo em busca de melhores condições de vida.

Desse modo, o candidato deve primeiramente interpretar a mensagem central do texto proposto, isto é, os desafios que a globalização traz para o clássico sistema interestatal. Em seguida, deve buscar em exemplos concretos, como as questões de combate ao terrorismo e do controle de imigração, os argumentos para demonstrar como a realidade globalizada altera – no sentido do progresso ou do regresso – a percepção e a prática do sistema tradicional da soberania estatal, tanto do ponto de vista do direito interno quanto do direito internacional.

LISTA DE CONTRIBUINTES

Alexandre Lima Wunderlich
Álvaro Vinicius Paranhos Severo
Cláudio Lopes Preza Júnior
Elias Grossmann
Fábio Cardoso Machado
Henrique José da Rocha
Lígia Mori Madeira
Magda Azario Kanaan Polanczyk
Maren Guimarães Taborda
Mariângela Guerreiro Milhoranza
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Plínio Melgaré
Rafael Canterji
Rosa Maria Zaia Borges Abrão
Sonilde Kugel Lazzarin
Wambert Gomes Di Lorenzo