



## PROCESSO SELETIVO 2017 – ALUNO REGULAR – MESTRADO

### Chave de correção

**QUESTÃO 1** - O CPC-2015 dispõe sobre a precedentes determinando a vinculação do juiz, estabelecendo em um núcleo do modelo de precedentes brasileiros nos arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI. A partir destes dispositivos e dos demais dispositivos do CPC-2015, bem como, da leitura da bibliografia indicada para a prova, analise os fatos narrados a seguir. Recentemente o STF decidiu, por uma de suas turmas, afastar a incidência do art. 126, do Código Penal, nos casos em que a mulher estiver nos três primeiros meses de gestação, relaxando a prisão preventiva de duas pessoas no HC 124.306. Segundo o Min. Luis Roberto Barroso, voto líder na decisão, os direitos fundamentais da mulher, que tem autonomia para fazer escolhas existenciais e tomar decisões morais a propósito do rumo da própria vida, afastam a criminalização da conduta. O tema é polêmico, mas a análise do mesmo deve ser realizada a luz da teoria dos precedentes. Tendo em vista o que prescrevem os dispositivos e o modelo de processo concebido pelo novo código processual, responda aos seguintes questionamentos: **a)** A decisão do HC 124306, citado acima, forma precedente normativo formalmente vinculante, nos termos da teoria defendida por Hermes Zaneti Jr. nos Comentários ao Novo Código de Processo Civil, organizado por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Editora Forense? A justiça do caso se confunde com a justiça do precedente? Justifique. **b)** O CPC tem eficácia para o processo penal, o processo administrativo, o processo eleitoral etc.? Qual a relação entre o CPC e os outros ramos do direito processual? **c)** No precedente quais os elementos da decisão que são levados em consideração para a identificação da ratio decidendi? O STF pode legislar? Precedentes são normas gerais e abstratas? A aplicação das súmulas deve levar em consideração apenas a incidência do seu texto em abstrato? **d)** O CPC-2015 apresenta o problema do paradoxo metodológico existente no CPC/1973? Qual a crítica que pode ser feita à tese da inconstitucionalidade do caso concreto, defendida por Ruy Barbosa no célebre caso dos "Actos



Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”? Tomando de empréstimo as lições de Mauro Cappelletti e Luiz Guilherme Marinoni, qual a função do STF em relação a interpretação da Constituição? Os precedentes diminuem a independência dos juízes e tribunais?

**Item “a”:** Não forma precedente pois não está incluída no rol das decisões previstas no art. 927, não preenchendo o requisito formal de previsão legislativa. A justiça do caso é a resolução do caso concreto, independentemente da universalização; a justiça do precedente é a decisão universalizável, válida para os casos futuros (2,5 pontos).

**Item “b”:** Art. 15 do CPC-2015 e art. 3º CPP, aplicação supletiva, subsidiária e residual (2,5 pontos).

**Item “c”:** A *ratio decidendi* é o que o CPC chama de fundamentos determinantes da decisão (art. 489, § 1º, V, CPC). Para a elaboração da *ratio decidendi* devem ser pensadas as circunstâncias fáticas e a solução jurídica dada. O STF não legisla, interpreta o direito aplicando-o aos fatos, há uma divisão de tarefas entre o juiz e o legislador, a vinculatividade dos precedentes foi estabelecida formalmente em lei pelo próprio legislador (art. 927, CPC). Art. 926, § 2º, para elaboração das súmulas, e, portanto, para a sua aplicação, devem ser levadas em consideração às circunstâncias fáticas dos precedentes que lhes deram origem (2,5 pontos).

**Item “d”:** O CPC-2015 elimina o paradoxo metodológico, a lei processual somente pode ser interpretada à luz da Constituição (art. 1º, CPC). A inconstitucionalidade não pode ser analisada apenas no caso concreto, mas deve ser analisada de forma a garantir o *stare decisis*, evitando que cada juiz tenha “uma” Constituição. Cappelletti e Marinoni defendem este papel dos tribunais no controle difuso independentemente de o juiz criar ou não direito. Os precedentes não diminuem a independência dos juízes, pois a atividade dos juízes é tendencialmente cognitiva e não um exercício de subjetivismo (2,5 pontos).

**QUESTÃO 2** - O CPC-2015 dispõe sobre a possibilidade de o executado requerer a substituição de penhora efetivada nos autos, condicionando, todavia, o deferimento da medida à demonstração de que o prosseguimento da execução lhe será menos onerosa e de que não trará prejuízos ao exequente (art. 847). Tendo em vista o que prescreve esse dispositivo processual e o modelo de processo concebido pelo novo código processual, responda aos seguintes questionamentos: **a)** É impositivo, na hipótese, que o juiz ouça o exequente antes de decidir sobre a substituição da penhora? Por que? **b)** Caso seja afirmativa a resposta ao item anterior, uma manifestação contrária do exequente



Mestrado em Direito Processual Civil UFES

impede por si só o deferimento da substituição de penhora requerida? Ou o executado tem direito subjetivo a que a execução transcorra sempre pelo modo que lhe seja menos gravoso? Aborde, no ponto, o que Marcelo Abelha Rodrigues convencionou chamar postulados da execução. **c)** O deferimento da providência pode se dar sem que sejam enfrentadas, no curso do processo, as razões que embasaram a resistência do executado ao deferimento do pleito? **d)** A opção político-legislativa que orienta a resposta ao item anterior mais se afeiçoa ao instrumentalismo ou ao formalismo-valorativo? Por que? No ponto, atenha-se aos caracteres que singularizam a teoria da instrumentalidade do processo (concebida por Cândido Rangel Dinamarco) e a doutrina do formalismo-valorativo (inaugurada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e adiante propalada por Hermes Zaneti Jr. e Daniel Mitidiero), tal como descritos no texto "Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo" (que consta da bibliografia do certame).

**Item "a":** O candidato deve responder afirmativamente à indagação principal, esclarecendo que o parágrafo 4º do artigo 847 do CPC-2015 assim o determina (1 ponto). **Fonte: (CPC-2015, art. 487, p. 4º).**

**Item "b":** O candidato deve responder: (1) que a manifestação contrária do exequente não impede o deferimento da substituição (1 ponto); (2) que, a despeito disso, essa sua manifestação não pode ser desconsiderada, porque o executado não tem direito subjetivo a que a execução transcorra sempre pelo modo que lhe for menos gravoso (1 ponto); (3) que a solução para o problema terá se ser encontrada na casuística, pela conjugação do disposto nos artigos 787 e 805 do CPC-2015, que correspondem, respectivamente, ao direito constitucional do exequente à obtenção da tutela jurisdicional nos casos concretos (direito a uma ordem jurídica justa) e ao direito que tem o executado, também de índole constitucional, de não ser privado de seus bens sem o devido processo legal (2 pontos). **Fontes: (CPC-2015, arts. 787 e 805); (RODRIGUES, Marcelo Abelha, Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016. p. 1.017-1.018).**

**Item "c":** O candidato deve responder negativamente à indagação principal, esclarecendo que o modelo de processo adotado pelo novo código considera desprovida de regular fundamentação a decisão judicial que não enfrentar "todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador", como se depreende do texto do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015 (1 ponto) **Fonte: (CPC-2015, art. 489, IV).**



**Item "d":** À indagação principal o candidato deve responder "ao formalismo-valorativo" (1 ponto); esclarecendo: (1) que o instrumentalismo coloca a jurisdição ao centro da Teoria do Processo, conferindo aos juízes o papel de flexibilizar o formalismo processual com vistas à efetiva realização do direito material, opção teórica que fomentou a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo (1 ponto); (2) que o formalismo-valorativo, por sua vez, confere essa posição central ao processo, concebendo um modelo de processo em que o magistrado é paritário no diálogo (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento de todas as razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e assimétrico apenas na decisão (o que significa dizer que o magistrado, após considerar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio) (1 ponto); (3) que esse modelo de processo projetado pelos formalistas-valorativos foi adotado pelo CPC-2015, que considera desprovido de regular fundamentação o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que não enfrentar todos os fundamentos deduzidos pelas partes no processo e que possam infirmar a conclusão adotada no julgamento (art. 489, p. 1º, IV) (1 ponto) **Fontes: (CPC-2015, art. 489, p. 1º, IV); (MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, v. 10, n. 3, 2015, p. 261 e 271-277).**

**QUESTÃO 3** - Considerando a posição da doutrina, especialmente os magistérios de Marcelo Abelha e Marcellus Polastri, responda de forma fundamentada, mas objetivamente, acerca dos meios de impugnação no processo penal e civil: **a)** Estabeleça o (s) critério(s) diferenciador(es) entre recursos e ações autônomas de impugnação, indicando exemplos dessas últimas, seja na redação do Código de Processo Penal e na do Código de Processo Civil e, eventualmente, em lei (s) especial(ais). Aborde na resposta as posições doutrinárias, e suas respectivas críticas a respeito da técnica legislativa quanto às ações autônomas de impugnação. **b)** Aponte traços identificadores e diferenciadores entre a Revisão Criminal e a Ação Rescisória, e indique se existe na doutrina alguma posição crítica à exigência de "trânsito em julgado" para a interposição desses meios de impugnação. **c)** Indique as posições doutrinárias e da jurisprudência a respeito da natureza jurídica da reclamação, antes e depois da sua regulamentação no CPC de 2015.

**Item "a":** Os recursos prolongam o processo e as ações de impugnação instauram uma nova relação processual, não sendo correta a distinção feita de que os recursos servem para atacar decisões que ainda não transitaram em julgado, já que o mandado de segurança utilizado contra decisão judicial, pode ser interposto, sem que, necessariamente, já haja o



Mestrado em Direito Processual Civil UFES

trânsito em julgado. No processo penal: o *Habeas Corpus*, a Revisão criminal e o mandado de segurança contra atos jurisdicionais. No processo civil: a rescisória e o mandado de segurança contra ato jurisdicional. Quanto à técnica legislativa de previsão das ações de impugnação, no processo penal existe o erro de inseri-las entre os recursos. Já no processo civil, também não foi feliz o legislador, pois faz uma mistura no capítulo referente à "ordem dos processos nos tribunais" (arts. 929-946), englobando os processos de competência originária (ações e incidentes) e derivada (recursos) dos tribunais (2,5 pontos). **Fontes: (ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6º edição, Rio de Janeiro:Forense, 2016, págs. 1.246/1.247; 1.289; 1.326 e 1.330) e (LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 9º ed, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, págs. 1.329/1.346)**

**Item "b":** Na doutrina do processo penal, predomina a sua natureza de ação de impugnação de caráter constitutivo que visa a reparar erro judiciário no interesse da justiça. No processo civil é uma ação de impugnação que tem por objeto rescindir decisão transitada em julgado e, eventualmente, proceder a um novo julgamento da causa. *Identificação:* 1. ambos possuem a natureza de ação autônoma de impugnação; e 2. são ações de competência originária dos tribunais. *Diferenças:* No processo penal: 1. a revisão criminal é exclusiva de uma parte (o acusado ou réu); 2. o próprio réu ou seus sucessores também podem interpô-la; 3. não há limitação temporal; e 4. se prevê uma indenização devida pelo Estado. No processo civil: 1. pode ser interposta pelas duas partes; 2. interposição por procurador; 3. existe limite temporal para interposição; e 4. não há previsão de indenização. Critica Marcelo Abelha a expressão trânsito em julgado que "não é das mais felizes", pois, transitar em julgado, no processo civil, só designa uma situação intransitável em razão dos fenômenos preclusivos. Quando se diz que uma sentença de mérito transitou em julgado, o que se quer é indicar é que uma determinada situação jurídica processual não se encontra mais em trânsito processual, e quando o trânsito em julgado recai sobre uma decisão de mérito é normal que receba também o selo da autoridade da coisa julgada material, mas quando recai sobre decisões terminativas, incidirá apenas a coisa julgada formal. Porém, não serão só as sentenças que, no processo civil, são objeto da rescisória, pois, existem casos em que decisões em que não haja julgamento de mérito podem ser atacadas. Já no processo penal, segundo Polastri, a revisão incide sempre sobre sentença de mérito que tenha como "objetivo reanalisar a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria" (5 pontos) **Fontes: (ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, págs. 1.330, 1.334/1.336) e (LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 9º ed, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, págs. 1.340/1.346).**



Mestrado em Direito Processual Civil UFES

**Item "c":** Desde sua origem a reclamação constitucional gera discussão quanto à sua natureza jurídica: 1. medida para o exercício do direito de petição; 2. ação constitucional; 3. recurso; e 4. incidente processual. Marcelo Abelha é um dos autores, que, mesmo em face do CPC-2015, entende "tratar-se de incidente processual" e Polastri aponta toda a controvérsia anterior ao CPC de 2015, quando prevalecia que a reclamação não seria recurso e nem ação, pois nela não se asseguraria o contraditório, e que, ainda, não seria incidente processual. Após o CPC-2015, se inclina a doutrina majoritária pela natureza de ação, já que o art. 989, III claramente optou pela previsão de contestação, que inaugura expressamente a realização de contraditório, restando superado expressamente o óbice à natureza de ação. Consoante Polastri, o novo Código de Processo Civil, valorizou sobremaneira a reclamação, dando "ao cidadão o poder de se insurgir contra ilegalidade ou abuso de poder, podendo pedir ao próprio órgão que exarou a decisão o fiel e total cumprimento desta decisão e, ainda, de se assegurar o cumprimento correto ou vigência de súmula vinculante". E, acentua Abelha, "no novo diploma processual este é o remédio que pretende imprimir coercitividade ao caráter vinculante que o legislador atribuiu ao incidente de demandas repetitivas, à assunção de competência, ao precedente de casos repetitivos e até mesmo à jurisprudência dos tribunais" (2,5 pontos). **Fontes: (ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, págs. 1388/1389) e (LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 9º ed, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, págs. 1349/1357).**