



PROCESSO SELETIVO - ALUNO ESPECIAL – MESTRADO – DIREITO - UFES (2016/2)

CHAVE DE CORREÇÃO

Questão 01 (peso 4,0)- obrigatória

A partir da doutrina de Marcellus Polastri e de Marcelo Abelha, responda de forma fundamentada: a) Tendo em vista os postulados da Teoria Geral do Processo e as originais redações do Código de Processo Penal (1940) e Processo Civil (1973) como se postava as codificações e a doutrina quanto à tutela cautelar? b) Com as posteriores reformas (2011 e 2015, respectivamente) o que se modificou no que tange à instrumentalização da tutela cautelar no Processo Penal e no Processo Civil? Aponte as modificações tendo em vista a sistematização e as diferenças no tratamento dado à tutela cautelar no Processo Penal e no Processo Civil, dialogando entre as duas áreas. Considere na resposta: a dicotomia entre “processo e ação”; “autonomia” e a “tipicidade cautelar”. As respostas devem ser fundamentadas, dialogando (obrigatoriamente) com os textos LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal e ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil, indicados no edital.

(a) A tutela cautelar dentro dos conceitos fundamentais extraídos da Teoria Geral do Processo, tem origem na classificação das ações que leva em conta a tutela jurisdicional pretendida pelo autor. Assim, classificam-se as ações em: “ações de conhecimento”, “ações de execução” e “ações cautelares”. Alguns provimentos jurisdicionais cautelares seriam consistentes em **atos do próprio processo**, sem nenhuma autonomia processual era o que se denominava “medida cautelar”. Na doutrina acerca do Direito Processo Civil à época do CPC de 1973, já se apontava que, apesar do processo cautelar ser o instrumento natural para a concessão de medidas cautelares, essas podiam ser obtidas sem a existência de um processo cautelar. Isso advinha da própria redação do antigo art. 796 do CPC/73 que não se comprometia com a necessidade de existência de um processo cautelar autônomo, pois se referia a **procedimento** e não a processo. Já no processo penal a regra era sempre de inexistência do instrumento de um “processo cautelar” a regra era a instrumentalização da obtenção da tutela cautelar mediante “medidas cautelares”, era o exemplo da prisão provisória, da busca e apreensão etc. Não previa o legislador o poder geral de cautela, que era admitido só por parte da doutrina mediante aplicação subsidiária do art. 798 do CPC/73 (LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3º ed, São Paulo: Atlas, 2014, págs. 53/65 e 90/94). (b) No processo penal, antes da reforma de 2011, o poder geral de cautela era a solução encontrada (subsidiariamente) por não haver previsão de medidas alternativas que viessem a ser alternativa à pena de prisão. O juiz só podia escolher entre prisão e liberdade. Com a reforma processual penal de 2011, passa a ser um grande rol de novas medidas cautelares que praticamente acaba com a incidência do poder geral de cautela do juiz (cautelares atípicas), pois o artigo 319 do CPP tornou típicas aquelas medidas que costumeiramente eram aplicadas em poder geral de cautela. A reforma de 2011 tornou típicas várias medidas cautelares pessoais alternativas à prisão provisória e praticamente acabou com a possibilidade de cautelares atípicas ou a utilização do poder geral de cautela. No Processo Civil, por outro lado, com a reforma de 2015, a tônica é a de adoção de medidas cautelares inominadas, se afastando do CPC/1973, que se apoiava em ações ou processos cautelares (cautelares típicas ou nominadas). O CPC de 2015, assim, elenca medidas cautelares a título só nominalmente exemplificativo, possibilita que qualquer outra medida idônea para assecuração do direito possa ser adotada e/ou adaptada ao bem e/ou situação jurídica desejada para o acautelamento por parte do juiz. Quanto às tutelas provisórias de urgência, o legislador estabelece no art. 300, CPC que “tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Agora, o legislador do CPC de 2015 adota o termo tutela provisória como gênero, tendo como suas espécies as tutelas de urgência (antecipada e cautelar) e de evidência, podendo as primeiras ser concedidas tanto em caráter antecedente quanto incidentalmente no processo. O sistema jurídico processual do CPC/2015 oferta aos jurisdicionados diferentes tipos de técnicas processuais que devem ser adotados de forma adequada para neutralizar o dano que a situação de urgência poderá acarretar ao processo ou ao direito material. Assim, essas técnicas de tutela tanto podem prestar-se à finalidade cautelar ou satisfativa do direito, ou seja, tanto servem para função de conservar e assegurar o instrumento apto a impor o direito quanto servem igualmente para antecipar ao jurisdicionado os próprios efeitos da tutela final, do bem da vida perseguido. Para o legislador do CPC/2015 a tutela provisória (cautelar ou a antecipada- satisfativa-) tem o fundamento idêntico para a sua concessão e vivem sob o mesmo rótulo da *urgência*, e a distinção entre ambas está nos fins a que se destinam. Mas existem situações nas quais será difícil identificar se a hipótese é ou não cautelar ou antecipada. Se forem requeridas em



caráter incidental nenhuma dificuldade procedimental ocorrerá, porque são regidas pela *atipicidade procedimental*. Basta uma *simplex petição avulsa* no bojo dos autos nos quais se discute a tutela principal. Porém, quanto as de caráter antecipado poderá haver dificuldade, pois existem regras diversas para uma e outra. E tratando-se de tutela provisória obtida mediante a técnica do adiantamento da tutela com base em cognição não exauriente, pode ser concedida a qualquer momento, ou seja, antes de proferida a sentença ou antes de julgado o recurso, mas se for necessária a tutela provisória, seja antecipada ou cautelar, pode ser requerida de forma antecipada, por meio de uma *petição inicial sumária* e depois pode ser aditada a inicial, juntado-se documentos, argumentos e fundamentos. Nesse caso último existe um procedimento descrito nos arts. 305-310, CPC. Perde-se assim em autonomia do processo cautelar antecedente, e melhor seria se o legislador tivesse distinguido as espécies de tutela de urgência como cautelares e não cautelares, ou então, não cautelares e antecipatórias do mérito, ou cautelares ou satisfativas, enfim, desde que não desse o nome da própria técnica de adiantamento da tutela que a rigor serve tanto para as tutelas provisórias de urgência quanto as de evidência. Conclui-se que, enquanto o CPP reformado optou por privilegiar as cautelares típicas, a reforma do CPC privilegia as cautelares atípicas e adota o binômio urgência e evidência, com diminuição da autonomia do processo cautelar e, nesse ponto, se aproxima do processo penal no sentido de que medidas cautelares podem ser pedidas antes ou no bojo do processo mediante requerimentos ou com iniciais mais simples. (ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, págs. 404/410, 417/422; LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3º ed, São Paulo: Atlas, 2014, págs. 53/65 e 90/94)

Questão 02 (peso 3,0)

Com olhos da relação Direito Material e Direito Processual: (a) Apresente os pontos principais sobre a opinião de Geovany Cardoso Jeveaux acerca das relações de Direito Material com o Direito Processual. (b) Qual a trilogia exemplificativa feita pelo autor? As respostas devem ser fundamentadas, dialogando (obrigatoriamente) com o texto vinculado no edital (As relações entre Direito Material e o Direito Processual).

(a) No texto indicado no edital (JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o Direito Material e o Direito Processual. In MAZZEI, Rodrigo (coord). Questões Processuais do novo Código Civil. Barueri: Manole, 2006, notadamente nas páginas 7-21), o autor define que o direito material funciona como ponto de partida do direito material. Com tal bússola, sustenta o autor que não é possível se pensar no processo em direção ao direito material, mas apenas na via contrária, ou seja, do direito material para o direito processual. Cita com exemplo inicial, para tal idéia, os procedimentos especiais, que são, na sua visão, justamente especiais para se amoldar ao direito material de caráter excepcional que contemplam. O jurista faz alusão ainda aos princípios inquisitórios e dispositivos com semelhante ótica, a instrumentalidade (que se vale de teoria geral dos contratos) e do interesse para se identificar a natureza dos provimentos jurisdicionais pretendidos (b) Aprofundando no debate, trazendo o autor no item 4. do textos aquilo que rotula de "TRÊS EXEMPLOS SALIENTES": (i) direitos adquiridos processuais, (ii) prescrição, decadência, perempção e preclusão e (iii) Teoria das obrigações do processo. Todas as premissas da trilogia exemplificativa acima registrada estão no texto (p. 8-21), separadas por tópicos próprios, devendo o candidato não apenas citá-las, mas também de forma complementar (e essencial) efetuar o diálogo com o texto doutrinário em questão.

Questão 03 (peso 3,0)

Sobre negócios jurídicos processuais e arbitragem, com base em premissas fixadas em trabalho doutrinário de Rodrigo Mazzei e Barbara Seccato Ruis responda: (a) Os negócios jurídicos podem ser unilaterais e como deve ser aplicada a noção de contraditório ao instituto? (b) Quais os pontos de contato e de diferenças entre a cláusula compromissória e compromisso arbitral? As respostas devem ser fundamentadas, dialogando obrigatoriamente com o texto vinculado no edital (Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem)

(a) MAZZEI e CHAGAS defendem que os negócios jurídicos processuais podem ser unilaterais (como ocorre nos casos de desistência e de renúncia) ou bilaterais (como é o caso de suspensão do processo para a tentativa de acordo). Na segunda parte da letra (a), os autores definem que o princípio da cooperação faz superar a noção estática de *ação e reação* do princípio do contraditório. Fixam uma concepção de que o contraditório deve ser exercido como suporte de decisão final democrática, que somente poderá assim ocorrer se houver participação efetiva das partes, inclusive de forma *preventiva*, dialogando entre si e com o julgador (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo, v. 237 201-214, p. 220-227). Sustentam ser imprescindível a cooperação entre partes e julgadores. Afinal, todos os atores ali envolvidos, as partes e o julgador, estabelecem entre si uma relação de confiança mútua e apresentam a intenção comum de que o procedimento ocorra da maneira mais célere e efetiva possível: as partes, pois desejam sanar um conflito e o julgador a solucionar o litígio (texto citado, em especial 230). Com as



noções lançadas no longo do texto candidato deve desenvolver a idéia com conexão ao tema da questão (negócio jurídico processual), fundamental para a compreensão do instituto (texto p. 228). (b) A arbitragem consiste em meio heterocompositivo de resolução de conflitos, no qual um terceiro – árbitro – será responsável por solucionar a controvérsia patrimonial disponível. Para que se tenha início, faz-se necessária a realização de uma convenção, que pode assumir a forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. A cláusula compromissória consiste em dispositivo “onde as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados do contrato”. Antes da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), havia discriminação no trato do ordenamento jurídico pátrio entre cláusula e compromisso arbitral. Entendia-se que apenas o compromisso arbitral apresentava caráter vinculante, enquanto a cláusula era mero pré-contrato, de tal maneira que o *pacto de compromittendo* não gerava qualquer efeito negativo para as partes. Caso, após a assinatura de uma cláusula, uma das partes se recusasse a levar futura controvérsia à via arbitral, a única alternativa oferecida pelo sistema jurídico de então consistia no pleito pela sentença substitutiva de declaração de vontade, para que fosse estabelecido o compromisso arbitral. Deve ser complementada a noção de cláusula compromissória e de compromisso arbitral como negócios jurídicos processuais. A convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula, seja na de compromisso, primeiramente afasta a jurisdição estatal. Além disso, apresenta a opção das partes quanto às normas de direito material e processual a serem aplicadas ao deslinde da controvérsia. Ainda, dispõe sobre o pagamento das custas e honorários. Do ponto de vista dos árbitros, à adesão ao compromisso arbitral cria a obrigação de proceder e julgar conforme as regras estipuladas pelas partes, submetendo-se, inclusive, aos prazos ali determinados. Não obstante, deve-se ressaltar que, mesmo diante de cláusula compromissória cheia, detalhista e bastante atenciosa às regras procedimentais, não será possível, às partes, prever em absoluto o percurso que tomará o processo arbitral, pois restará ao árbitro o poder para complementar as regras escolhidas pelas partes e preencher as possíveis lacunas, diante dos percalços *in concreto* (texto citado, em especial 228-230). Com as premissas acima, fundamental o diálogo do candidato com o texto citado.

Questão 04 (peso 3,0)

Fixando a abordagem na medida de não-aproximação constante da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a visão de Francisco Lima Neto, responda: (a) A tutela de não-aproximação previstas na citada legislação recebe campo restrito ou ampliativo? (examine a questão a partir da ótica do autor acerca das pessoas que estão abarcadas pela referida legislação). (b) É possível, na visão do autor, aplicar a citada legislação para pessoas que aleguem violência (ou ameaça) proveniente de pessoa fora de relação de afeto? Responda de forma fundamentada e com obrigatório diálogo ao texto vinculado no edital (Ensaio sobre o Direito à Segurança e a Medida de Não-Aproximação).

(a) Segundo o LIMA NETO, ainda que a concessão da medida protetiva de urgência de não-aproximação prevista na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em favor de homens tenha sido aplicada, tal medida tem campo restritivo, não se aplicando a tal gênero, ainda que no ambiente de afeto. Na visão do autor o direito à segurança está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal e engloba o direito de ter potencial agressor longe de si, bem como o de não ser por ele assediado por meio de telefonemas, cartas, recados e outros meios que sirvam para causar medo e desassossego na vítima. No âmbito das relações privadas, há de se destacar o direito da personalidade e sua proteção (art. 12 do 17 CC/02), que possui escorra no fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana previsto art. 1º, III, da Constituição Federal. Há no sistema elementos gerais para a proteção geral, sendo a lei especial em questão fonte para postulação apenas por aquela potencial vítima do gênero mulher - que mantém ou mantinha com outra mulher ou com homem uma relação íntima de afeto. (b) A natureza íntima de afeto e o gênero feminino da vítima demandante que determinarão a aplicação dessa norma legal especial. Desse modo, na visão do autor, não se aplica a Lei Maria da Penha quando a vítima for homem ou for mulher que não participe de relação de afeto. Sem prejuízo, o autor ainda destaca que quando a vítima não estiver amparada pela Lei Maria da Penha, ainda assim pode propor uma ação inibitória, com fundamento no art. 12 do CC/02 e no art. 1º, III e caput do art. 5º da Constituição. No caso deverá adotado o rito não especial e o pedido de não-aproximação e de cessação do assédio constará da inicial. (LIMA NETO, Francisco Vieira.. Ensaio sobre o Direito à Segurança e a Medida de Não-Aproximação. *Novos Estudos Jurídicos*. [Online]. v. 14, p. 84- 98, 2009, em especial parte conclusiva). Cós a base acima, a resposta deverá estar dialogando com o texto inserido no edital.