

FRANCIMAR SOARES

Desvendando
**AS PROVAS
DISCURSIVAS**

Teoria e Prática

2ª edição
revista, ampliada
e atualizada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  Direito
www.dizerodireito.com.br

Técnicas de respostas que impactam o examinador

I.1. A IMPORTÂNCIA DE UM TEXTO VISUALMENTE AGRA- DÁVEL

Esse tópico definitivamente é preliminar em relação a todos os outros aspectos deste manual. Saber construir uma resposta perfeita (do ponto de vista jurídico) ou todo o conteúdo de uma peça/questão não é suficiente para atingir a nota máxima se você não conseguiu “passar” sua mensagem para o examinador.

Lembre-se dessa premissa: o examinador que vai corrigir sua prova é um ser humano como qualquer um de nós. Ele está sujeito ao cansaço mental após corrigir uma infinidade de provas ou também pode estar num dia em que tudo deu errado para ele.

Toda e qualquer estratégia que facilite a correção do examinador é bem-vinda, pois a sua prova pode ser a última que ele vai corrigir num dia de péssimo humor. Então, finja que você está submetido a este examinador mal-humorado e faça de tudo para que a correção do seu simulado seja a mais prazerosa possível.

De fato, você pode achar que tudo que será dito neste tópico é meio óbvio, mas acredite: os pontos ora destacados são responsáveis pelas maiores perdas de pontuações no tocante aos aspectos macroestruturais, sobretudo em provas organizadas pela banca CESPE.

A rigor, é bastante comum que não façam parte do nosso treino as estratégias tidas por mais “óbvias”. É exatamente por isso que vários candidatos insistem em não melhorar a letra, pois se confiam na boa vontade do examinador. É por isso também que muitos alunos ignoram a necessidade de uniformidade de parágrafos ou de respeito às margens, pois acreditam que esses pontos são aspectos meramente “secundários”.

De todo modo, a mensagem que eu quero passar para vocês vai muito além dos critérios macroestruturais. **Um texto visualmente agradável consiste numa estratégia que lida com a essência de nós seres humanos (e do examinador que é o nosso alvo neste momento).** Somos historicamente e biologicamente acostumados a valorizar o mais organizado, o caminho mais fácil, o mais palatável.

Não seria desproporcional falar que os cinco primeiros segundos de impacto visual do examinador com sua resposta são fundamentais para definir a disposição dele em corrigir sua prova e tentar extrair dela o máximo de fundamentos possível.

Por exemplo: aposto que você falou ou já ouviu algum amigo da universidade ou mesmo da vida de concurso público fazer o seguinte questionamento: *“Não entendo o porquê de eu não ter pontuado nesse tópico do espelho se o “fulano” conseguiu a pontuação máxima colocando os mesmos fundamentos que eu coloquei”.*

Não tenho dúvidas de que isso acontece a todo momento. Pode ser que o examinador tenha errado, de fato. Mas também pode ser que a comunicação e o aspecto visual da resposta do “fulano” tenham atraído mais a atenção e a força de vontade do examinador.

O certo é que ambos merecem igual pontuação por terem colocado os fundamentos jurídicos que estão no espelho-padrão, mas apenas “fulano” não precisará recorrer administrativamente para fazer jus a tal pontuação. Situações como essas denunciam que nós concursseiros precisamos saber muito mais do que apenas conteúdo jurídico. Para cada fase do certame exige-se uma estratégia mais adequada e eficiente. A nossa vida não é nada fácil!

A título de curiosidade, um dos ramos que mais cresce do *Design Legal* é o que chamamos de *Visual Law*. Este consiste, em breve síntese, na aplicação de elementos visuais e técnicas de linguagem, nas peças jurídicas, com o objetivo de conferir maior eficiência na comunicação entre os operadores do direito.

O *Visual Law* tem sido um forte recurso usado por advogados para atrair a atenção dos juízes quanto às especificidades de suas causas. Então, por que não atrair a atenção do examinador com boas regras de comunicação em sua resposta?

-
- ▶ Ao elaborar sua resposta finja que você está submetido ao examinador mais mal-humorado e faça de tudo para que a correção do seu simulado seja a mais prazerosa possível, seja por meio dos aspectos visuais, seja por meio de técnicas que facilitem a comunicação entre você e o examinador.
-

I.1.1. ASPECTOS MACROESTRUTURAIS: LEGIBILIDADE DA LETRA, PARÁGRAFO E MARGENS

“Na avaliação, será atribuída nota zero à Prova Escrita que apresentar letra ilegível e/ou incompreensível”. Essa é previsão comum em editais elaborados pela Fundação Carlos Chagas.

Nesse sentido, o primeiro ponto a ser alvo de atenção é a sua letra. Em tempos de comunicação virtual, cada vez mais as canetas

Técnicas para otimizar a pontuação do espelho de correção

A 2ª parte deste manual é a mais importante para se obter uma excelente pontuação em provas discursivas oficiais. A razão é simples: a maior parte da pontuação do espelho é atribuída aos fundamentos jurídicos apontados em sua resposta.

II.1. O PODER DA INDAGAÇÃO

Quantas vezes você já se deparou com uma questão objetiva que parece possuir mais de uma alternativa correta, a depender da intenção do examinador em considerar a literalidade da lei ou de eventual jurisprudência recente?

Você já enfrentou uma prova oral em que o examinador passou a fazer várias perguntas que pareciam te levar para uma conclusão totalmente diferente da que você se propôs inicialmente?

É certo que uma das maiores habilidades do concurseiro reside na capacidade de perceber, através da linguagem, seja ela escrita ou

corporal, a intenção ou o intuito do examinador em formular determinada questão. O conhecimento pleno de determinado assunto às vezes só se mostra eficaz para gabaritar alguma questão se ele estiver aliado à mencionada habilidade. No meio concursário, isso se chama de “*ter feeling*” ou “*pensar com a cabeça do examinador*”.

Isso não destoa muito das provas subjetivas. Será que o examinador quer uma abordagem mais teórica ou prática? Será que o examinador quer uma abordagem mais constitucional ou civilista? Será que o examinador quer que foque nos dispositivos da Constituição Federal ou nas decisões do Supremo Tribunal Federal? Será que devo ser mais direto para abordar uma gama maior de teses ou devo me aprofundar em um ponto específico?

Fazer indagações como essas ao ler o enunciado pela primeira vez e pensar na condição de quem elaborou a questão é um ótimo exercício para antever quais pontos serão considerados no espelho de correção. Não é à toa que Peter Drucker¹ dizia que “*o trabalho mais importante e mais difícil não é encontrar a resposta correta, mas fazer a pergunta certa*”.

Treinar essa habilidade é um excelente início para escolher os tópicos essenciais de sua resposta, não fugir do tema proposto e desvendar os objetivos íntimos do examinador sem sequer conhecê-lo.

-
- ▶ Uma das maiores habilidades do concursário reside na capacidade de perceber, através da linguagem, seja ela escrita ou corporal, a intenção ou o intuito do examinador em formular determinada questão.
-

1. DRUCKER, Peter Ferdinand. *Administrando para o Futuro: Os Anos 90 e a Virada do Século*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1992.

II.2. A LÓGICA POR DETRÁS DO ESPELHO DE CORREÇÃO E O JOGO DE CAÇA-PALAVRAS

Em 2017, o STJ definiu que os espelhos de provas subjetivas representam a motivação do ato administrativo², de modo que as bancas devem demonstrar, de forma clara, que os critérios de avaliação previstos no edital foram devidamente considerados na correção. A ideia por trás disso é garantir a isonomia entre os candidatos e viabilizar eventual impugnação da nota atribuída pelo corretor.

É que o grau de subjetividade do examinador vai crescendo a cada fase do concurso público. Nesse cenário, o espelho de correção possui um papel de extrema relevância: reduzir esse grau de subjetividade do examinador ao tempo de sua correção.

Diz-se reduzir porque eliminar a subjetividade do examinador é uma tarefa impossível. Não existe neutralidade no ato de interpretar e, por isso, não há absoluta isenção no ato de corrigir a sua prova.

Entretanto, tenho duas boas notícias para você que está preocupado com as instabilidades do examinador. A primeira delas é que nenhum corretor quer que sua correção seja anulada ou revisada. A segunda é que o genuíno e bem-intencionado corretor sabe que possui preconceitos e subjetividades e, em razão disso, procura adotar medidas que evitem beneficiar ou prejudicar os candidatos.

Então, como é que o examinador vai fazer para driblar suas subjetividades e evitar a revisão de sua correção? A melhor forma do corretor alcançar esse intento é através do “jogo de caça-palavras”. Isto é: o avaliador atribuirá a nota conforme o maior ou menor o grau de identidade entre sua resposta e o espelho de correção.

2. STJ. 2ª Turma. RMS 49.896-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 20/4/2017 (Info 603).

Considerando essa premissa como a linha mestra de todas as demais dicas desta parte do Manual, proponho inicialmente a técnica chamada de “citação da integralidade das fontes jurídicas”.

-
- ▶ O avaliador atribuirá a nota conforme o maior ou menor o grau de identidade entre sua resposta e o espelho de correção.
-

II.3. INTELIGÊNCIA ANALÍTICA X INTELIGÊNCIA PRÁTICA EM PROVAS DISCURSIVAS E A SÍNDROME DO EXCESSO DE OPORTUNIDADES

Warren Buffett: “Se você tem um QI de 160, venda 30 pontos. Você não precisa deles³”.

Quem possui mais chances de fazer pontos no basquete: um jogador de 1,65m de altura ou um de 2,0m? Naturalmente, o de 2 metros precisa se esforçar menos para alcançar a cesta de basquete. E se essa mesma comparação fosse feita entre um jogador de 2,0m e outro de 2,30m? Nesse caso, a diferença de altura já não tem mais tanta importância, sendo determinante outras habilidades como a velocidade e a técnica. Pois bem, mas o que isso tem a ver com provas discursivas de concursos públicos?

O conhecimento jurídico só é determinante em uma prova discursiva até certo ponto. Atingido esse patamar, são outros os fatores que influenciarão em sua pontuação, a exemplo do aspecto emocional, da gestão de tempo e do que será explorado especificamente neste tópico: a *inteligência prática*.

3. Warren Buffett Speaks: Wit and Wisdom from the World's Greatest Investor (English Edition) 1ª Edição, eBook Kindle.

Treinamento das técnicas por questões

III.1. DIREITO CONSTITUCIONAL

- ✔ QUESTÃO 1 – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – ESTILO: DOUTRINÁRIA E POUCAS LINHAS

Conceitue a mutação constitucional, abordando a diferença entre a mutação fática e jurídica (10 linhas).

PADRÃO DE RESPOSTA

A mutação constitucional consiste na alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.

Na mutação constitucional fática, verifica-se a alteração de uma situação de fato, com a natural evolução dos costumes e dos valores da sociedade, bem como das pressões exercidas pelas novas exigências econômica e políticas. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o termo “entidade familiar” constante no §3º do art. 226 da CF/88, que passou a abarcar todas as formas de constituição familiar.

Na mutação constitucional jurídica, o tribunal constitucional confere uma nova interpretação aos dispositivos constitucionais, tal como no caso em que o STF declarou competentes os Tribunais de Justiça para julgar habeas corpus de decisão proferida por Turmas Recursais.

✔ **Questão 2 – Organização do Estado – Estilo: Cespe**

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3824/MS, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, firmou a seguinte tese:

É inconstitucional lei estadual que proíbe que as empresas concessionárias ou permissionárias façam o corte do fornecimento de água, energia elétrica e dos serviços de telefonia, por falta de pagamento, em determinados dias.

Para alcançar tal conclusão, utilizou – entre outros argumentos – a competência privativa da União para legislar sobre águas, energia e telecomunicações, conforme o art. 22, IV, da CF/88.

A respeito dos fundamentos jurídicos exarados na ADI em referência, redija um texto dissertativo e bem fundamentado que responda aos seguintes questionamentos (40 linhas):

- 1 *Quanto à concentração de poder, qual a natureza do federalismo brasileiro? [valor: 5,00 pontos]*
- 2 *Os Estados podem legislar sobre matéria afeta à competência legislativa privativa da União? [valor: 5,00 pontos]*
- 3 *A lei estadual em questão poderia, em tese, se enquadrar em qual(is) matéria(s) sujeitas à competência legislativa concorrente? [valor: 5,00 pontos]*
- 4 *Na espécie, como a diretriz do clear statement rule pode auxiliar a Corte Constitucional na resolução de conflitos federativos? [valor: 5,00 pontos]*

PADRÃO DE RESPOSTA

O federalismo, por assim dizer, é uma forma constituída pela união de Estados (membros) para a formação de uma nação, na qual as unidades federadas abdicam de parte da sua autonomia

política, ao passo em que a soberania é transferida para o Estado Federal.

Quanto à concentração de poder, a doutrina classifica o federalismo em centrípeto e centrífugo. O primeiro compreende o federalismo que centraliza a maior parte do poder no ente central, conquanto o segundo confere primazia aos poderes periféricos.

O federalismo brasileiro é marcado historicamente pela exacerbada centralidade de poder na União (poder central), o que se verifica pela concentração de receitas tributárias, de competências legislativas e administrativas atribuídas à União (arts. 21 e 22 da CF/88).

Ciente disso e por força do pacto federativo (art. 1º, caput, CF), o Supremo Tribunal Federal tem revisto sua postura em litígios constitucionais que versem sobre competências legislativas orgânicas, tendo privilegiado as iniciativas regionais e locais, com exceção das hipóteses em que se verifica ofensa expressa e inequívoca da Constituição (prospective overruling).

Com efeito, a CF/88 adotou o modelo de repartição horizontal baseada no princípio da predominância dos interesses. Nesse sentido, a CF enumerou poderes à União e aos Municípios, enquanto os poderes remanescentes ou residuais foram conferidos aos Estados-membros.

Sendo assim, por regra, os entes estaduais não podem legislar acerca de matéria de competência legislativa privativa da União, salvo se esta, por meio de lei complementar, autorizar os Estados-membros a legislar sobre questões específicas (art. 22, parágrafo único, da CF/88).

Na hipótese em comento, o teor da lei estadual pode ser enquadrado em matéria de proteção ao consumidor, a qual está inserida na competência legislativa concorrente entre a União, Estados e DF, nos termos do art. 24, V e VII, da CF/88.

Ocorre que a lei estadual não pode, sob o pretexto de proteger o consumidor, intervir indevidamente no âmbito das relações contratuais entre o Poder concedente (União) e as empresas delegatárias dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações.

É exatamente nesse ponto que a diretriz do 'clear statement rule', consagrada no direito norte-americano, serve de cânone hermenêutico para endossar a nova postura da Corte Suprema. Por ela, entende-se que eventual lacuna legislativa atribuída ao ente central não pode ser interpretada em desfavor dos entes regionais ou locais.

É dizer: os entes menores, em se tratando de competência concorrente, podem legislar conforme seus interesses, desde que o exercício dessa competência não afaste norma federal expressa (clear statement rule).

Todavia, no caso concreto, a União possui competência exauriente em tema de serviços de energia elétrica. Por isso, a intervenção legislativa do Estado-membro só se faz possível mediante a delegação legislativa prevista no art. 22, parágrafo único, da CF/88.

✔ **QUESTÃO 3 – TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ESTILO: ABERTA E DE PERFIL INSTITUCIONAL**

Disserte sobre a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e analise a viabilidade de sua aplicação nas relações de trabalho, conforme o ordenamento jurídico brasileiro (30 linhas).

PADRÃO DE RESPOSTA

Os direitos fundamentais, na acepção originária do constitucionalismo liberal-burguês, manifestam-se como direitos de defesa mediante os quais se impõe ao Estado um dever de abstenção na esfera de autodeterminação da pessoa humana (eficácia vertical).

Por essa concepção, entende-se que direitos fundamentais têm como escopo limitar apenas os poderes públicos e não os particulares. É o que se verificou com a teoria do state action, diretriz adotada inicialmente pela Suprema Corte americana.

Contudo, no Brasil, em virtude do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e do fenômeno da ubiquidade constitucional, é possível defender a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

Sobre tal possibilidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a necessidade de observância ao devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa.

A Corte Suprema aplicou a teoria da eficácia horizontal direta, tendo em conta que, na relação entre particulares, incide a norma constitucional garantidora sem a necessidade de qualquer intermediação do legislador infraconstitucional. Essa é, portanto, a teoria predominante no ordenamento brasileiro.

Ao revés, a teoria da eficácia horizontal indireta, com fulcro no princípio da segurança jurídica e da autonomia da vontade, assevera que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas não por aplicação direta da Constituição, mas por meio de mecanismos típicos do direito privado que dependem da atuação do legislador ordinário.

No tocante às relações de trabalho, a eficácia dos direitos fundamentais se verifica com maior evidência em razão da desigualdade fática que permeia a relação jurídica empregador-trabalhador. Trata-se da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, conforme as lições do chileno Sergio Gamonal Contreras.

Entretanto, a aplicação das normas garantidoras não pode ser ilimitada, mas racional e casuística, sob pena de que a total desconsideração das cláusulas do contrato de trabalho em prol dos direitos fundamentais implique no paradoxo do “fundamentalismo dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido, a restrição a direito individual do trabalhador deve manter estrita coerência com as finalidades do empreendimento, atraindo para o empregador o ônus argumentativo quanto à necessidade empresarial, máxime quando se tratar de qualidade intrínseca ou existencial do trabalhador (raça, gênero etc.).

✔ **QUESTÃO 4 – REMÉDIO CONSTITUCIONAL – ESTILO: CESPE/PARALELO ENTRE INSTITUTOS**

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão consubstanciam mecanismos de combate ao que se chama de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. Sobre

assim, a segurança jurídica e a boa-fé do terceiro que contrata com a sociedade empresária.

Sendo assim, no caso em comento, a responsabilidade pelo negócio firmado é da startup CoraçãoTec Ltda., tendo em conta que se aplica a teoria da aparência e não a teoria dos atos ultra vires.

III.4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL

✔ QUESTÃO 1 – NORMAS FUNDAMENTAIS – ESTILO: FCC/POUCAS LINHAS COM CITAÇÃO DE EXEMPLOS

Discorra sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito, exemplificando-o com a indicação de dois exemplos previstos em lei (10 linhas).

PADRÃO DE RESPOSTA

O princípio da primazia do julgamento de mérito, previsto no art. 4º do CPC, preceitua que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil.

Trata-se de concretização do princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88).

A título de exemplos, tem-se: (i) o art. 317, do CPC, cujo teor estabelece que o juiz, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício; e (ii) o art. 1.007, § 7º, do CPC, que dispõe que equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação imediata da pena de deserção.

✔ QUESTÃO 2 – NORMAS FUNDAMENTAIS E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO – ESTILO: BANCA DE PERFIL INSTITUCIONAL

O Estado do Piauí ajuizou ação de improbidade administrativa em face de servidor público estadual, sob a acusação de fraudes em diversos certames licitatórios.

O valor da causa foi arbitrado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), montante que corresponde à quantia supostamente desviada dos cofres públicos pelo referido servidor.

Ao receber a petição inicial, o juízo competente reconheceu, liminarmente e de ofício, a prescrição da pretensão autoral, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 332, § 1, c/c art. 487, II, ambos do CPC.

Diante desta situação, responda de maneira fundamentada, o reconhecimento da prescrição violou o princípio do contraditório?

PADRÃO DE RESPOSTA

A doutrina divide o contraditório em formal e material. A dimensão formal refere-se ao direito de falar, de ser ouvido e de ser comunicado. Resume-se, portanto, ao binômio informação-reação.

Já a dimensão substancial do contraditório diz respeito ao poder de influência das partes na construção do pronunciamento judicial e encontra guarida no art. 10 do CPC, que veda a decisão surpresa.

No caso da questão, tem-se que o juiz, liminarmente, isto é, após o protocolo da petição inicial, reconheceu, de ofício, a prescrição, sem intimar previamente as partes para se pronunciarem sobre a questão, o que, em tese, teria o condão de ofender o contraditório, notadamente o art. 10 do CPC, materializador da acepção substantiva do referido princípio constitucional.

Contudo, a sentença foi proferida à luz do art. 332 do CPC, que trata das hipóteses de improcedência liminar do pedido, dentre elas a contida no § 1º, que permite ao juiz julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Confirmando tal conclusão, o art. 487, parágrafo único, do CPC, preceitua que a prescrição, quando reconhecida liminarmente pelo juiz (e apenas nesse caso), não precisa ser submetida ao prévio debate entre as partes, isto é, nessa hipótese, é possível o acolhimento da prescrição sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se sobre ela.

Portanto, o reconhecimento da prescrição não violou o princípio do contraditório, sendo este apenas diferido para outro momento, qual seja, após a interposição do recurso de apelação pela

parte autora, o qual é detentor de efeito regressivo (CPC, art. 332, § 3º), ocasião em que o juiz poderá, apreciando as alegações recursais, retratar-se, entendendo pela inexistência de prescrição.

✔ **QUESTÃO 3 – NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – ESTILO: DIRETA E ABERTA**

Disserte sobre os limites dos negócios jurídicos processuais atípicos em causas de interesse da Fazenda Pública.

PADRÃO DE RESPOSTA

Negócio jurídico processual é a manifestação de vontade de uma ou mais partes do processo com o intuito de gerir efeitos endo-processuais, ou até mesmo pactuar novas normas, mediante expressa permissão legal.

Diferentemente da gestão processual clássica, focada apenas em decisões e na verticalidade da relação entre o juiz e demais sujeitos processuais, o processo civil moderno incentiva a cooperação entre as partes, na esteira do art. 6º do CPC.

Sobre isso, o CPC/2015 previu, em seu art. 190, os negócios jurídicos processuais atípicos, expressando a possibilidade de as partes livremente convencionarem mudanças no procedimento ou nos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Do mencionado dispositivo, podem ser extraídos três requisitos iniciais: a) direito de fundo passível de autocomposição; b) partes plenamente capazes; e c) disposições sobre procedimento ou sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que não se tratem de normas de ordem pública.

Note-se que todos esses requisitos são perfeitamente aplicáveis às causas em que a Fazenda Pública ocupar um dos polos, notoriamente no tocante à existência de direitos passíveis de autocomposição. Inclusive a doutrina contemporânea já defende que os créditos pecuniários estatais podem ser objeto de autocomposição, desde que haja autorização legislativa.

Sendo assim, pode-se concluir que os negócios jurídicos processuais atípicos também podem ser celebrados pela Fazenda Pública, desde que atendidos os limites acima expostos.

✔ **QUESTÃO 4 – TUTELA PROVISÓRIA – ESTILO: FCC/COM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou um novo sistema de tutelas provisórias, buscando uniformizar o tratamento dispensado a cada uma de suas espécies⁵.

Sobre o tema, responda aos seguintes questionamentos (25 linhas):

a) Qual a diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar? Ambas podem ser conferidas em caráter antecedente?

b) Em que consiste a estabilização da tutela de urgência antecedente?

PADRÃO DE RESPOSTA

A tutela cautelar pode ser conceituada como um tipo de tutela jurisdicional destinada a conferir simples segurança ao direito material pretendido. Cuida-se de tutela preventiva, que, apesar de não satisfazer o interesse final da parte, assegura-lhe futura e eventual fruição.

Por sua vez, a tutela antecipada visa evitar o perigo de tardança do provimento jurisdicional, resolvendo a situação litigiosa havida entre as partes de maneira provisória, entregando o direito perseguido pelo autor de forma imediata. É comum, por isso, encontrar-se na doutrina a afirmação de que a tutela antecipada possui caráter satisfativo, enquanto a cautelar possui natureza assecuratória.

Com base na doutrina de Leonardo Carneiro, quando a parte estiver diante de extrema urgência ou quando houver, uma ‘urgência contemporânea’ ao ajuizamento da demanda, é possível ser formulado o requerimento de tutela provisória antes mesmo do efetivo pedido da tutela final pretendida. O requerimento antecedente pode ser tanto cautelar, como satisfativo, conforme arts. 303 e 305 do NCPC.

5. Em relação ao formato da questão, reitere-se o alerta: a banca FCC, notadamente nas provas de Direito Processual Civil, por vezes, cobra enunciados do gênero “É possível isso? É possível aquilo?”. Assim, recomenda-se que o candidato, na forma dos espelhos de provas anteriores, aborde o instituto jurídico envolvido, antes de adentrar no quanto perquirido.

Nesse contexto, o que caracteriza a tutela postulada em caráter antecedente é a autonomia procedimental em relação ao pedido principal, que é formulado apenas em momento posterior.

Uma vez preenchidos os requisitos para antecipação de tutela em caráter antecedente, e desde que o réu não impugne a decisão antecipatória, esta decisão encontrar-se-á apta a estabilizar-se, dando causa, assim, a extinção prematura do processo, na forma do art. 304, caput e §1º, do NCPC.

Vale ressaltar que existe divergência jurisprudencial quanto ao termo “recurso” inserto no art. 304 do CPC. A 1ª Turma do STJ entende que apenas a utilização do recurso propriamente dito (agravo de instrumento) é capaz de impedir a estabilização dos efeitos da tutela.

De outro lado, a 2ª Turma, aplicando a interpretação teleológica, entende que a expressão “recurso” se refere a qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, de modo que o simples oferecimento da contestação possui o condão de impedir a estabilização da tutela deferida em caráter antecedente.

✔ **QUESTÃO 5 – COISA JULGADA – ESTILO: FCC/COM DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA⁶**

.....
Considerando o sistema do CPC/2015, responda fundamentadamente (30 linhas):

- a) *A coisa julgada pode recair sobre a resolução de questões incidentais?*
- b) *A coisa julgada pode se estender a terceiros, isto é, a sujeitos de direito que não tenham participado da relação jurídica processual em que foi produzida a decisão de mérito transitada em julgado?*
- c) *É possível firmar-se negócio processual para afastar a coisa julgada?*

6. Não custa ressaltar a forma correta de abordagem de divergências doutrinárias. Deve sempre o candidato certificar expressamente a divergência em sua resposta, bem como abordar todas as posições, sem deixar de mencionar os principais fundamentos de cada concepção.

PADRÃO DE RESPOSTA

Pode-se dizer que, no processo, ou a questão é principal ou é incidental, a depender da forma como ela for deduzida em juízo. Assim, por exemplo, uma mesma questão de inconstitucionalidade pode ser apreciada como questão principal (numa ação de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade) ou como questão incidental (numa arguição de controle concreto ou difuso de constitucionalidade).

Com efeito, é possível que a questão incidental venha a ser recoberta pela autoridade da coisa julgada, conforme prescreve o art. 503 do CPC/2015.

Para que isso aconteça, é indispensável que, cumulativamente:

- a) a questão incidental seja prejudicial ao mérito da demanda, isto é, seja uma questão a ser analisada antes do mérito e cuja resolução afete o modo como a questão principal será decidida;*
- b) a questão incidental tenha sido discutida pelas partes no exercício de contraditório prévio e efetivo;*
- c) o juízo da causa seja competente, em tese, segundo os critérios da matéria e da pessoa (competência absoluta), para julgar o processo em que a questão incidental estivesse colocada como questão principal;*
- d) o procedimento em que a questão incidental foi suscitada não tenha limitações à cognição, inclusive restrições quanto à produção de provas;*
- e) a questão incidental seja expressamente examinada e resolvida pelo órgão jurisdicional.*

Quanto ao item “b”, tem-se que a coisa julgada pode alcançar terceiros, desde que não seja para prejudicá-lo, nos termos do art. 506 do NCPC.

Por fim, a doutrina diverge no que tange à possibilidade da celebração de negócio jurídico processual para afastar a coisa julgada.

Uma primeira corrente defende que se à parte vencedora, a quem a coisa julgada favorecer, pode, por exemplo, deixar de executar o título judicial definitivo, com maior razão pode, por ato de vontade própria, dispor sobre a posição jurídica de vantagem que lhe assiste, desde que todos os demais requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais se façam presentes, como a vontade livremente manifestada, sem vícios.

Uma segunda linha, por sua vez, argumenta que a coisa julgada é norma de ordem pública, de modo que não estaria ao alcance das partes dispor sobre ato estatal de índole jurisdicional, dotado de definitividade protegida constitucionalmente até mesmo contra ato normativo primário, como a lei em sentido estrito.

✔ **QUESTÃO 6 – TEORIA GERAL DAS PROVAS⁷ – ESTILO CESPE/MÚLTIPLOS QUESITOS**

A respeito do ônus da prova, discorra, com fulcro na doutrina, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Novo Código de Processo Civil e na Constituição Federal, sobre os tópicos a seguir (30 linhas):

- a) *Concepções subjetiva e objetiva do ônus da prova;*
- b) *Teoria estática e teoria dinâmica da distribuição do ônus probatório;*
- c) *Entendimento do STJ sobre a regra do ônus da prova, se de procedimento/instrução ou de julgamento;*
- d) *Momento em que o juiz pode distribuir diversamente o ônus da prova.*

PADRÃO DE RESPOSTA

De acordo com a doutrina, o ônus da prova pode ser concebido sob duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. Na concepção subjetiva, ele é analisado sob a ótica de quem deve produzir determinada prova. Já na concepção objetiva, analisa-se o ônus da prova como uma regra de julgamento a ser adotada pelo juiz ao proferir a sentença, se a prova for inexistente ou insuficiente.

É dizer: em caso de dúvida decorrente de inexistência/insuficiência de provas quanto às alegações de fato, o juiz não pode deixar de julgar (proibição do “non liquet”), devendo decidir com base na regra do ônus da prova, isto é, decidir em desfavor de quem

7. Uma das principais mudanças do CPC/15 foi exatamente a incorporação da Teoria Dinâmica do ônus da prova ao seu texto, o que torna esse um assunto “quente” para discursiva. Não é à toa que foi cobrado em uma questão da prova discursiva da PGE/AC (2017), assim como na peça da prova discursiva da PGE/SP (2018), além de outras provas discursivas, como é o caso do MP/PI (2012).

Portanto, no caso concreto, tem-se que a perda do cargo de Procurador do Estado de São Paulo guarda íntima correlação com o cargo anterior (procurador do município), sendo possível ao juiz sentenciante decretar a perda do cargo público, desde que o faça de forma bem fundamentada (art. 92, parágrafo único c/c art. 92, I, "a", todos do CP).

III.6. DIREITO PROCESSUAL PENAL

✔ QUESTÃO 1 – AÇÃO PENAL – ESTILO: DIRETA/DOCTRINÁRIA

Na ação penal, em que consiste a justa causa duplicada? (10 linhas)

PADRÃO DE RESPOSTA

A justa causa consiste no lastro probatório mínimo necessário para deflagrar o processo penal. Inexistindo a justa causa, cabe ao juiz rejeitar a denúncia ou a queixa, na forma do art. 395, III, do CPP.

Em que pese a divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que a justa causa consiste numa quarta condição genérica da ação penal.

Ocorre que, nos crimes de lavagem de capitais, a peça acusatória deve estar amparada em elementos de convicção mínimos que sinalizem não apenas ao cometimento do crime de lavagem, mas também em relação ao crime antecedente.

É dizer: a justa causa deve estar presente quanto ao crime de lavagem e no que tange ao crime antecedente, conforme o art. 2º, §1º, da Lei 12.683/2012.

Vale ressaltar, por fim, que não se faz necessária a prova cabal (juízo de certeza) quanto ao crime antecedente, sendo suficientes elementos que corroborem indícios de sua prática.

✔ **QUESTÃO 2 – QUESTÕES PREJUDICIAIS – ESTILO: CASO CONCRETO/POUCAS LINHAS/PERGUNTA CENTRAL NÃO EVIDENCIADA NOS TÓPICOS**

O Ministério Público Federal moveu ação penal em face da empresa Boi Tempo S/A e dos sócios-administradores João e Pedro, para apurar a prática da infração penal prevista no art. 54, caput c/c §3º da Lei 9.605/98. Na peça acusatória, o MPF relata que os acusados descartaram inadequadamente carcaças de gado.

A ação foi distribuída para a 1ª Vara Federal de Teresina/PI. Ocorre que o juiz federal tomou conhecimento de Ação Civil Pública, em trâmite na 3ª Vara Federal de Teresina/PI, cujo objeto visa justamente apurar a existência ou não do descarte inadequado promovido pela companhia Boi tempo S/A.

Tal feito encontra-se em fase de produção da prova pericial. Ciente disso, o juiz federal da 1ª Vara resolveu suspender a ação penal pelo prazo de um ano após a realização de audiência de instrução e julgamento já designada para oitiva de testemunhas de acusação e defesa. Na própria decisão, o magistrado ponderou que, após transcorrido o prazo de 1 ano, será analisada a pertinência da manutenção ou não da suspensão processual.

Insatisfeito, o MPF interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de suspensão, sob o fundamento de que o magistrado não pode suspender a ação penal de ofício. Argumentou, ainda, que admitir o sobrestamento do feito ocasionaria inarredavelmente a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por outro lado, os réus impetraram mandado de segurança sob a tese de que a suspensão da ação penal impediria a realização da audiência de instrução para oitiva das testemunhas de defesa.

Considerando a situação hipotética, redija um texto dissertativo e bem fundamentado acerca da procedência ou improcedência das teses alegadas pelo MPF e pela defesa, bem como que responda aos seguintes questionamentos (15 linhas):

- a) Qual a diferença entre questão prejudicial e questão preliminar no processo penal?
- b) Qual a natureza da questão prejudicial invocada no caso concreto?

PADRÃO DE RESPOSTA

As questões prejudiciais são matérias de existência autônoma, de natureza penal ou extrapenal, que devem ser analisadas e decididas antes do julgamento da questão principal, tendo em vista que estão relacionadas com a própria existência da infração penal. Dizem respeito, assim, ao próprio direito material discutido no processo.

As questões preliminares, por sua vez, possuem natureza processual e estão relacionadas aos pressupostos de existência e validade do processo, os quais impedem (e não condicionam) o enfrentamento da questão principal.

No caso concreto, a questão prejudicial é facultativa e heterogênea. A uma porque o juiz pode ou não suspender o curso do processo penal, conforme o art. 93 do CPP. A duas porque a questão prejudicial pertence a ramo do direito distinto do Direito Penal.

Quanto à procedência dos pleitos, o Ministério Público Federal (MPF), em que pese tenha aviado o recurso cabível (art. 581, XVI, do CPP), não possui razão pelo motivo de que a suspensão do processo pode ser realizada de ofício, na forma do art. 94 do CPP.

De igual maneira, não merece ser acolhido o pleito dos réus, tendo em conta a inadequação do mandado de segurança como sucedâneo do recurso em sentido estrito. Ademais, o art. 93 do CPP é claro ao prescrever que o processo penal será suspenso apenas depois de inquiridas as testemunhas e realizadas outras provas de natureza urgente.

✔ QUESTÃO 3 – PRISÕES – ESTILO: DIRETA/ESPELHO IMPREVISÍVEL/ TÉCNICA DA INTEGRALIDADE DAS FONTES

O que é a ordem pública para fins de segregação cautelar penal?

PADRÃO DE RESPOSTA

A ordem pública e a paz social são os objetivos primordiais do Estado de Direito. Nesse sentido, o CPP admite a decretação de prisão preventiva quando se constata, dentre outros requisitos,