

PROAC / COSEAC - Gabarito

Prova de Conhecimentos Específicos

1ª QUESTÃO: (4,0 pontos)

--	--

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor, não enuncia em *numerus clausus* os direitos e garantias fundamentais.

Levando-se em consideração o texto constitucional e o entendimento doutrinário, explique:

- a) de que forma os direitos e garantias fundamentais estão circunscritos na Carta Magna; (2,5 pontos)

Resposta:

O texto constitucional, no parágrafo 2º do artigo 5º, expressa que os direitos e garantias fundamentais não se limitam aos enumerados no Título II, porque outros podem existir em decorrência do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. A doutrina constitucional classifica, em consequência, os direitos e garantias em expressos, implícitos, os decorrentes do regime e dos princípios e os decorrentes dos tratados internacionais.

- b) como os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais passam a incorporar o ordenamento jurídico pátrio. (1,5 ponto)

Resposta:

Em relação aos direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais, só passarão a integrar o ordenamento jurídico pátrio quando os respectivos tratados forem aprovados segundo o rito estabelecido no parágrafo 3º do mesmo art. 5º, como estabelecido pela EC nº 45 de 08 de dezembro de 2004.

PROAC / COSEAC - Gabarito

2ª QUESTÃO: (3,0 pontos)



Desenvolva as características das correntes modernas do pensamento jusnaturalista e positivista, a partir de uma reflexão crítica acompanhada de uma contextualização histórica dos seus respectivos momentos de produção.

Resposta:

O jusnaturalismo é uma corrente de pensamento sobre o direito que foi dominante até o século XIX, desenvolvendo uma doutrina que tem a intenção de encontrar a origem e o fim do direito na Natureza. Dessa forma, existe nessa corrente de pensamento a crença na existência e no valor de regras não escritas, superiores aos homens e grupos historicamente situados, que determinam o quadro de legitimidade das regras jurídicas positivas criadas por tais homens. Tais regras superiores não escritas comporiam o direito natural. Uma expressão típica e datada do uso dessa noção de direito natural é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. O direito natural, para os pensadores jusnaturalistas contratualistas modernos, não seria empiricamente observável, mas seria fruto de uma especulação dedutiva da razão. Dessa forma, ele é deduzido racionalmente, a partir da existência de um momento hipotético e a-histórico: o estado de natureza. Fazendo uma abordagem crítica, acompanhada de uma contextualização histórica, podemos ressaltar que, com efeito, a descrição que os autores jusnaturalistas fazem do estado de natureza não é nada hipotética e a-histórica: o funcionamento deste estado corresponde às condições iniciais de funcionamento de uma economia capitalista. Isso significa dizer que o estado de natureza corresponde ao estado próprio das sociedades capitalistas emergentes. Tal doutrina corresponde às necessidades de passagem de um direito fundado sob a autoridade última de Deus, para um direito que se afirma fruto da razão e que, dessa forma, o poder político deve respeitar. Tendo em vista que o período Absolutista é uma composição de forças, na qual a burguesia emergente não é hegemônica, nem exerce por seus quadros a representação política, observa-se como a corrente jusnaturalista corresponde a uma teoria funcional para a crítica da sociedade feudal e de seu poder institucional, visando a uma transformação dessa estrutura social.

O positivismo é uma corrente de pensamento emergente no século XIX que considera o direito como sendo um sistema hierarquizado de normas editado pelo Estado. Dessa forma, o direito é fruto tão somente da decisão do Estado. Qualquer referência à abordagem do direito que não esteja centrada na norma jurídica, na sua estrutura (sistema jurídico) e na sua competência de edição (Estado) constitui-se como um resíduo metafísico centrado em Deus ou na Razão. Discussões sobre critérios de um possível direito justo para além do direito legalmente existente e empiricamente observável são vistas como metafísicas e estranhas a uma abordagem científica do direito. Entretanto, essa visão de um direito resumido às leis e aos códigos, que deve ser aplicado a partir de uma suposta neutralidade dos operadores do direito que exercem tal função (magistrados), esconde ideologicamente o caráter de cristalização de forças em um dado momento que é materializado pela norma jurídica. Dessa forma, muito mais do que um bloco monolítico, o sistema de normas jurídicas é perpassado por contradições que podem ser mobilizadas pelos atores sociais. Dessa forma, é no meio dessas contradições que se situa o ato de julgar. Escondendo ideologicamente essas características, observamos que, historicamente, a escola da exegese faz-se funcional para uma concepção de direito numa sociedade que tem a burguesia recém-consolidada como hegemônica no sistema sociopolítico. O estudo do direito e a concepção de estrutura desse direito passam pela demarcação do sistema jurídico legalmente vigente, proibindo-se por definição qualquer tipo de ingerência no domínio dos valores. A corrente positivista sustenta, dessa forma, uma postura jurídica neutra no plano político ou moral.

PROAC / COSEAC - Gabarito

3ª QUESTÃO: (3,0 pontos)

--	--

João Ernesto Dutra promove ação em face da Construtora Líder Ltda., estabelecida na Rua da Paz, 86, em São Gonçalo, perante o juízo da 1ª Vara Cível Central da Comarca de Niterói, Rio de Janeiro, postulando a condenação do réu a fazer reparos no imóvel, construído há sete anos, que lhe foi entregue por força de contrato de compra e venda celebrado entre as partes. Citado, o réu alegou a sua ilegitimidade, uma vez que a obrigação não é de sua responsabilidade e sim, da Incorporadora Terra Nostra, dona da obra, localizada também nesta cidade, com quem o autor efetivamente celebrou contrato. Alega, ainda, tratar-se de pedido sem previsão legal, pelo que pede a extinção do processo sem julgamento do mérito. Produzida a prova na audiência, ficou provado os argumentos da ré.

- a) Informe se a ilegitimidade de parte passiva é questão que se encontra no plano do processo ou do direito material (mérito). (1,0 ponto)

Resposta:

A questão da ilegitimidade de parte está no plano do processo, sendo uma das condições para o exercício legítimo da ação. No plano do mérito, encontram-se a causa de pedir e o pedido do autor, e o juiz ao examinar este plano fará julgamento de procedência ou improcedência do pedido, com apreciação da questão disciplinada pela relação de direito material.

- b) Esclareça se é possível a substituição de parte pelo juiz, fazendo ingressar no pólo passivo a Incorporadora Terra Nostra Ltda. (1,0 ponto)

Resposta:

Não, a ilegitimidade é um vício insanável, não podendo o juiz determinar a substituição da parte. Esta não se confunde com a substituição Processual (legitimação extraordinária), só cabendo quando alguém vem a juízo em nome próprio defender direito alheio, desde que autorizado pela lei (art. 6º do CPC).

PROAC / COSEAC - Gabarito

- c) Aponte se o advogado do réu deverá manter, em sua defesa, na sustentação oral em audiência, a impossibilidade jurídica do pedido, com extinção do processo sem julgamento do mérito ou pugnar, pelo que ficou provado, pela improcedência do pedido, e conseqüente extinção do processo com exame de mérito.
Explique, abordando a relevância da Teoria da Asserção. (1,0 ponto)

Resposta:

Reina controvérsia sobre a forma como o juiz deve verificar o preenchimento ou não das condições para o legítimo exercício da ação. Uns sustentam, baseado na teoria da asserção, que elas devem ser verificadas em abstrato, pelo conteúdo da petição inicial, presumindo-se que o narrado pelo autor é verdadeiro. O que ficar provado, no curso do processo (na instrução), é matéria do plano do mérito. Outros entendem que a teoria da asserção não foi acolhida entre nós, pelo que as condições para o correto exercício da ação devem ser examinadas não somente pelo que consta na petição inicial do autor, mas por tudo aquilo que foi verificado nos autos. No caso acima, a sentença deverá ser de extinção do processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, e não de improcedência do pedido.

A admissão da teoria da asserção levaria à improcedência do pedido do autor, com exame do mérito. A repercussão da adoção de um ou outro entendimento reflete no conteúdo da decisão e na formação da coisa julgada: formal – ao se reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, extingue-se o feito sem decisão do mérito; e material – sendo o pedido apreciável, extingue-se o feito com julgamento do mérito.