

VI Exame OAB – 2ª FASE – Padrão de correção

Direito Civil

Peça

Gabarito Comentado

A peça cabível era uma petição inicial, endereçada ao Juízo da Vara Família da Comarca do Rio de Janeiro ou de Belo Horizonte, tendo em vista se tratar de competência territorial, de caráter relativo, que pode ser modificada por interesse dos particulares envolvidos ou mesmo motivada pelos efeitos da preclusão na hipótese de inércia da parte interessada em argui-la, o que geraria a prorrogação da competência.

Admitiu-se também o endereçamento à Vara de Família e Órfãos e Sucessões (as duas competências em caráter cumulativo, não sendo pontuado o endereçamento à Vara de Órfãos e Sucessões em caráter individual), Vara de Infância e Juventude ou Vara Cível, haja vista que o Exame de Ordem avalia que a Peça Prático-Profissional seja dirigida ao tribunal ou Juízo competente, considerando as regras constitucionais e as dispostas em Lei Federal para fixação de competência, admitindo as variáveis dispostas nos Códigos de Organização e Divisão Judiciárias, genericamente consideradas.

O enunciado dispôs de situação jurídica em que seria cabível a propositura da medida de urgência ação cautelar, com pedido de concessão de medida liminar, conforme autoriza o art. 804 do CPC. Portanto, a peça profissional elaborada deveria ser uma petição inicial de busca e apreensão de pessoa com pedido de concessão de medida liminar, figurando como legitimados ativo e passivo, respectivamente, Joana e Flávio.

O fundamento jurídico do procedimento se encontrava nos arts. 801, 839 e 840 do CPC, devendo ser demonstrados os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, inatos às medidas de urgência, bem como dos elementos autorizadores para a concessão da medida liminar em sede de cautelar a justificar a imediata ordem de busca e apreensão do menor, com base art. 804 do CPC, dispositivo próprio apontado pelo legislador infraconstitucional quando se trata de liminar em processo cautelar.

Foram pontuadas ações propostas seguindo a sistemática do processo de conhecimento, desde que compatíveis com a temática propostas, tanto no cabimento quanto na fundamentação, sendo elemento indispensável o pleito pela concessão da medida de urgência pautada no art. 273 do Código de Processo Civil. Portanto, quando a peça em avaliação era ação de conhecimento, foram considerados o preenchimento dos requisitos genéricos e específicos de cada medida e a correta adequação ao caso proposto. Para qualquer das medidas judiciais, os fundamentos do direito material estavam dispostos materiais arts. 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser demonstrado o melhor interesse para o menor, bem como na Constituição Federal e no Código Civil. Respeitados os princípios da razoabilidade e adequação, a fundamentação jurídica deveria ser pautada nos argumentos de dignidade da pessoa humana e proteção da pessoa dos filhos.

Assim, os argumentos que necessariamente deveriam ter sido abordados:

1) Da possibilidade da medida cautelar:

A medida cautelar de busca e apreensão vem expressamente prevista nos arts. 839 e 840 ambos do Código de Processo Civil e justifica-se pela maneira abrupta de retirada da criança da posse da genitora guardiã, mantendo-a fora do alcance da Requerente.

2) Do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*

Nota-se presente o requisito do *fumus boni iuris* consubstanciado na guarda exercida exclusivamente pela genitora desde o nascimento sem que o pai tivesse qualquer participação no desenvolvimento psíquico, emocional e educacional do menor.

No tocante ao *periculum in mora*, afigura-se pela demonstração da reprovabilidade da conduta do Requerido, pois se desejasse obter a guarda, haveria de usar os meios legítimos, não a subtração, *manu militari*, do filho, sob a guarda da mãe desde o nascimento.

Ademais, necessário anotar, que a atitude do Requerido não só tem gerado ao menor transtornos de ordem psíquica, mas, notadamente, prejuízos de ordem social e educacional, uma vez que a criança foi retirada do seu ambiente familiar, do convívio com a requerente, parentes e amigos.

Assim, a medida cautelar revela-se de suma importância, no sentido de garantir a eficácia da sentença que vier a ser prolatada no processo principal, no qual se discutirá a guarda do menor. É fundado, pois, o receio da Requerente de que se esperar pela tutela definitiva, possa restar prejudicada a apreciação da ação principal, e, outrossim, frustrada a sua execução.

3) Da possibilidade e necessidade da liminar com fundamento no art. 804 do Código de Processo Civil, indispensável a concessão da liminar inaudita altera parte uma vez que quando citado, o Requerido poderá tornar ineficaz a própria medida pretendida OU art. 273 do CPC, quando a medida eleita fosse o processo de conhecimento, demonstrados os requisitos prova inequívoca, verossimilhança, *periculum in mora* e possibilidade de reversão do preceito.

4) Do interesse do menor

O filho das partes possui tão somente cinco anos de idade e em nenhum momento de sua vida teve contato com seu genitor e sua família paterna. Não restando formado nenhum vínculo familiar entre genitor e filho. Este fato revela que, neste momento, a melhor forma de resguardar os interesses do menor é seu imediato retorno ao convívio materno, em atenção aos preceitos insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial, os arts. 17 e 18.

PEDIDOS A SEREM FORMULADOS (art. 282 c/c 801 ambos do CPC)

1) Concessão liminar, sem audiência da parte contrária, de busca e apreensão do menor, no endereço do Requerido, por estarem presentes os requisitos essenciais - *periculum in mora* e do *fumus boni juris* – nos termos do art. 804 do Código de Processo Civil **OU** art. 273 do CPC, quando a medida eleita fosse o processo de conhecimento, demonstrados os requisitos autorizadores descritos no dispositivo e seus parágrafos.

2) Entendendo o Juízo, ser necessário prévia justificação, apliquem-se as regras do art. 841 do CPC.

3) A procedência do pedido tornando definitivo os efeitos da liminar no processo cautelar ou da tutela antecipada, no caso do processo de conhecimento; demais pedidos compatíveis com a medida.

4) Citação do Requerido para, querendo, apresentar defesa, no prazo de 5 (cinco) dias, conforme disposição do art. 802 do Código de Processo Civil, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos ora elencados, nos termos do art. 803 do mesmo diploma legal.

5) Intimação do Ministério Público para que intervenha no feito, nos termos do inciso I do art. 82 do Código de Processo Civil.

6) Protesto genérico de provas.

7) Indicação do endereço do advogado (art. 39, I, do CPC).

8) Valor da causa.

9) Condenação de honorários sucumbenciais e custas.

10) Indicar a inserção de data e assinatura.

Distribuição Dos Pontos

<i>Item</i>	<i>Pontuação</i>
1 - Endereçamento à Justiça Comum Estadual (0,25) da Comarca do Rio de Janeiro ou de Belo Horizonte (0,25).	<i>0 / 0,25 / 0,5</i>
2 - Identificação do cabimento de ação cautelar de busca e apreensão de pessoa OU ação ordinária com pedido de tutela antecipada.	<i>0 / 0,5</i>
3 - Abordar corretamente a legitimidade ativa e passiva na referida ação – deve ser proposta por Joana (0,25) em face de Flávio (0,25)	<i>0 / 0,25 / 0,5</i>
4 - Demonstração dos requisitos da cautelar de busca e apreensão (0,3). Fundamentação pautada nos arts. 839 a 843 do CPC (0,2).	<i>0 / 0,2 / 0,3 / 0,5</i>
5 - Demonstração do preenchimento dos requisitos da concessão da liminar (0,7) nos moldes do art. 804 do CPC OU do 273 do CPC (0,3). <i>Obs.: A mera indicação do artigo não é pontuada.</i>	<i>0 / 0,7 / 1,0</i>
6 - Caracterizar o melhor e maior interesse do menor (0,25), nos termos dos arts. 17 e 18 do ECA (0,25) . <i>Obs.: A mera indicação do artigo não é pontuada.</i>	<i>0 / 0,25 / 0,5</i>
7 - Formular corretamente os pedidos (0,4 cada um): a) Concessão liminar / tutela de urgência, sem audiência da parte contrária, de busca e apreensão da criança, no endereço do Requerido, por estarem presentes os requisitos essenciais – <i>periculum in mora</i> e do <i>fumus boni juris</i> – nos termos do art. 804 do Código de Processo Civil. b) Julgamento procedente do pedido, convertendo-se em definitiva a liminar concedida / tutela de urgência.	<i>0 / 0,4 / 0,8</i>
8 – (0,1 cada um) a) Citação do Requerido para, querendo, apresentar defesa, no prazo legal, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos ora elencados, nos termos do art. 803 do CPC. b) Indicação do endereço do advogado, nos termos do art. 39, I, do CPC. c) Intimação do Ministério Público para que intervenha no feito, nos termos do inciso I do art. 82 do Código de Processo Civil. d) Protesto genérico de provas. e) Valor da causa. f) Condenação de honorários sucumbenciais. g) Indicar a inserção de data e assinatura.	<i>0 / 0,1 / 0,2 / 0,3 / 0,4 / 0,5 / 0,6 / 0,7</i>

Questão 1

Gabarito Comentado

A hipótese trata do defeito do negócio jurídico denominado de fraude contra credores, previsto no art. 158 e seguintes do Código Civil. A anulação deste ato, por meio da ação revocatória ou pauliana, está subordinada a um prazo decadencial de 4 (quatro) anos tal como dispõe o art. 178, II, do Código Civil. Ocorre que contra o absolutamente incapaz, Heron, não corre o prazo decadencial por força do disposto no art. 208 c/c o art. 198, I, do Código Civil. Assim, contra Marly precluiu o prazo em junho de 2010. Entretanto, para Heron, absolutamente incapaz, os 4 (quatro) anos iniciariam a sua contagem quando completasse 16 (dezesseis) anos, ocasião em que passaria a ser relativamente incapaz. Apenas em 2010 é que iniciaria o prazo quadrienal para Heron.

Distribuição Dos Pontos

Item	Pontuação
a) Identificação do vício/defeito do negócio jurídico como fraude contra credores (0,4), nos termos do art. 158 do Código Civil (0,25). <i>Obs.: A mera menção ao artigo não é pontuada.</i>	0 / 0,4 / 0,65
b) Identificação da ação anulatória/revocatória/pauliana. Artigo 158, §2º (0,3). <i>Obs.: A mera menção ao artigo não é pontuada.</i>	0 / 0,3
c) Identificação da decadência/preclusão do prazo para Marly em junho de 2010 (0,15). Identificação da não decadência/preclusão do prazo para Heron (0,15).	0 / 0,15 / 0,3

Questão 2

Gabarito Comentado

a) Não, de acordo com o artigo 1124-A, CPC. Isso porque os cônjuges possuem um filho menor de idade, o que consiste em empecilho legal à utilização da via extrajudicial para a decretação do divórcio.

b) Caberá a Eliane perceber metade do prêmio de loteria a título de meação, na forma do artigo 1660, inciso II, do CC/02. Paulo terá direito ao automóvel, por ter sido adquirido com o produto da herança (art. 1659, inciso I, CC/02), e também a metade do prêmio de loteria (artigo 1660, II, CC/02).

Distribuição dos Pontos

Item	Pontuação
a) Não, por ter o casal filhos menores, nos termos do art. 1124-A do CPC. <i>Obs.: A mera resposta "não" e a mera indicação do artigo não são pontuadas.</i>	0 / 0,6
b) Cabe a Eliane metade do prêmio de loteria, nos termos do artigo 1660, II, do CC (0,3). Cabe a Paulo metade do prêmio de loteria e o automóvel, nos termos do art. 1660, II, e art. 1659, I, do CC (0,35). <i>Obs.: A mera indicação de artigo não é pontuada.</i>	0 / 0,3 / 0,35 / 0,65

Questão 3

Gabarito Comentado

A) Sim, é cabível imediatamente a penhora *on-line* de valores disponíveis em contas bancárias, por meio, portanto, do sistema BACEN-JUD sem necessidade de comprovação de esgotamento de outras vias, após a vigência da Lei 11382/06.

(B) Sim, recurso especial para o STJ na forma do artigo 105, III, "a", da CRFB, alegando violação aos artigos 655 e 655-A do CPC.

Distribuição Dos Pontos

Item A	Pontuação
Sim, é cabível a penhora <i>on-line</i> nos termos da Lei 11.382/06 OU do art. 655-A do CPC.	0 / 0,65

Obs.: A mera resposta “sim” e a mera indicação do artigo não são pontuadas.	
Item B	
Cabível recurso especial, nos termos do art. 105, III, “a” e/ou “c”, da CRFB (0,3), por conta da violação do artigo 655 e 655-A do CPC (0,3).	0 / 0,3 / 0,6

Questão 4

Gabarito Comentado

a) O examinando deverá identificar que o pedido de antecipação de tutela poderá ser apreciado mesmo na sentença e isso é de suma importância para fins de efeitos de eventual interposição recursal, nos termos do art. 520, VII, do CPC. Assim, deverá informar que ingressará com EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR OMISSÃO, com fundamento no art. 535, II, do CPC, por meio do qual requererá que o Juízo se manifeste expressamente sobre o pedido requerido na inicial e reiterado na réplica.

b) O remédio jurídico hábil a atacar a sentença é a apelação, nos termos do art. 513 do CPC. Por ter havido *error in procedendo*, o candidato deverá alegar cerceamento de defesa, com base no art. 5º. LV da CRFB/88 e requerer que a sentença seja anulada, retornando os autos a instância inferior para que o Juízo prolate sentença de mérito observando todo lastro probatório pleiteado pela ré.

Distribuição dos Pontos

Item	Pontuação
a) Opor embargos de declaração por omissão (0,35) na forma do art. 535, II, do CPC. (0,3). <i>Obs.: A mera indicação do artigo não pontua.</i>	0 / 0,35 / 0,65
b) Interposição de recurso de apelação por <i>error in procedendo</i> (0,3). Alegação de cerceamento de defesa, com base no art. 5º, LV, da CFRB. Requerimento para que a sentença seja anulada e que os autos retornem à fase instrutória (0,3).	0 / 0,3 / 0,6