ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA PEÇA PROFISSIONAL

Deve-se redigir uma réplica, com argumentos jurídicos capazes de levar à rejeição das alegações aduzidas pelos réus em contestação.

A PEÇA

Réplica endereçada ao juiz da 34.^a Vara de Família de São Paulo – SP.

Data: 1.^o de outubro de 20XX (CPC, art. 327).

Relato da situação fática.

PRELIMINARES:

A separação de fato entre o falecido e sua esposa, ocorrida há mais de vinte anos, não serve de óbice à possibilidade jurídica do pedido (Código Civil, art. 1.723, § 1.^o), verificando-se a possibilidade jurídica do pedido quando este é admitido pelo ordenamento jurídico, ou não é vedado.

Estabelece o Código Civil:

“Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI – as pessoas casadas;

(...)

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1.^o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

Existe interesse de agir mesmo na simples declaração da união estável sem que haja pensão. A convivência duradoura entre duas pessoas é um fato, sendo a união estável um conceito jurídico que poderá ou não definir tal relação. A lei prevê a possibilidade de ser declarada a existência de relação jurídica (CPC, art. 4.^o, I). Ademais, considerando-se que há ação de inventário em curso, o falecido deixou bens, podendo algum deles ter sido adquirido na constância da união estável.

Não ocorre litispendência, pois os elementos das ações não são coincidentes. Para que ocorra a litispendência, deverá ser repetida ação em curso. De fato, uma ação é idêntica a outra quando ambas têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (CPC, art. 301, §§ 1.^o e 2.^o).

A atração exercida pelo inventário não se põe de tal modo a determinar que o pedido de reconhecimento da união estável de quem não é herdeira precise necessariamente ser processado nos autos do inventário. O reconhecimento de união estável é de competência da vara de família. Foi respeitada a competência do foro, visto que a ação declaratória foi proposta no foro do domicílio do autor da herança (CPC, art. 96).

Não ocorre, na hipótese, coisa julgada, pois o pedido é diferente nas duas ações. Ademais, os fundamentos de uma sentença não transitam em julgado de modo a impedir novo pronunciamento judicial acerca da matéria já discutida em momento anterior (CPC, art. 301, §§ 1.º e 3.º).

MÉRITO

A existência de relacionamento não estável não serve de empecilho ao reconhecimento da união estável da autora com o falecido, visto que, conforme informação da própria contestação, o suposto relacionamento não tinha os atributos de união estável nos termos da lei civil, de acordo com o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

REQUERIMENTO FINAL

Deve ser requerida ao juiz a rejeição das preliminares alegadas, da causa de extinção do processo, com a procedência do pedido inicial.

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 1

Cabe a interposição de embargos infringentes, haja vista que houve a reforma da sentença por maioria de votos. Assim estabelece o art. 530 do CPC:

“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

A matéria objeto do recurso consistirá na condenação da multa — matéria objeto da divergência —, ou seja, deverá a recorrente sustentar que assiste razão ao relator do voto vencido, de forma que a multa deve ser excluída da condenação.

Saliente-se que não cabe, no prazo de 15 dias contados da publicação do acórdão, nenhum outro recurso, pois o prazo para eventuais RE ou REsp ficará sobrestado quando cabíveis embargos infringentes (art. 498 do CPC).

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 2

Em caso de morte da parte, suspende-se o processo (CPC, art. 265, I). Assim, o(a) advogado(a), na hipótese, deverá comunicar ao juiz o falecimento da parte, juntando a certidão de óbito e requerendo a suspensão do processo, a fim de providenciar a habilitação das filhas do falecido, que deverão sucedê-lo no processo, conforme estabelecem os artigos 265, I, e 1.055 do CPC:

“Art. 265. Suspende-se o processo:

I – pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

(...)

Art. 1.055. A habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.”

Há necessidade de comunicação do fato ao juiz, como ensina a doutrina: “1. Fato jurídico. A suspensão do processo dá-se pela tão só ocorrência de um dos fatos jurídicos nomeados na norma comentada e, portanto, independe qualquer outra medida. O fato deve ser comunicado ao juízo para as providências cabíveis e início da contagem dos prazos processuais.” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil comentado**. 10 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 500).

Além disso, as filhas do falecido são suas sucessoras legítimas, conforme arts. 1.784 e 1.829, I, ambos do Código Civil:

“Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

(...)

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.”

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 3

Medida judicial: agravo de instrumento.

A decisão ora agravada violou o disposto no art. 22, *caput* e § 4.º, no art. 23 e no art. 24, *caput* e § 1.º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados), uma vez que é direito do advogado receber os honorários contratuais, exigindo-os e pleiteando-os no processo próprio em que atuou, bem como requerer a sua execução e a expedição de precatório a eles correspondentes.

Os comandos inseridos nos referidos artigos asseguram, de fato, o direito do profissional do direito inscrito nos respectivos quadros a receber os honorários convencionados (contratuais) nos próprios autos da demanda judicial, por meio de execução específica em nome próprio de direito autônomo desse profissional. Vejam-se os dispositivos pertinentes:

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

(...)

§ 4.º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 1.º A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier.”

Vê-se que as regras estabelecidas no estatuto da OAB são de clareza meridiana no que toca às demandas em que a execução é de obrigação de dar quantia certa, porque possível a retenção dos valores devidos a títulos de honorários no momento do levantamento ou da requisição de precatório, desde que apresentado o contrato de honorários tempestivamente.

Veja-se que tal artigo não dá ao juiz o poder de indeferir a expedição de precatório se os requisitos tiverem sido cumpridos, como sói ocorrer *in casu*.

A regra especificada no § 4.º do art. 22 do Estatuto da Advocacia é impositiva no sentido de que deve o juiz determinar o pagamento dos honorários advocatícios quando o advogado juntar aos autos o seu contrato de honorários, excepcionadas apenas a hipótese de ser provado anterior pagamento e a prevista no § 5.º do mesmo art. 22, não cogitadas no caso em exame.

A esse respeito, vejam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUNTADA DO CONTRATO ANTES DA EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS.

LEVANTAMENTO NÃO CONDICIONADO À EXIGÊNCIA DO ART. 34 DO DL N.º 3.365/41. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ART. 23 DA LEI N.º 8.906/94.

I – De acordo com o ditame do § 4.º do art. 22 da Lei n.º 8.906/94: "Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou".

II – A exigência inserta no art. 34 do DL n.º 3.365/41, de que o expropriado demonstre a propriedade do bem objeto da desapropriação para o fim de levantar a verba indenizatória, não obsta que se levante do montante do valor devido a quantia destinada ao pagamento dos honorários advocatícios, por se tratar de direito autônomo, pertencente ao advogado (cf. art. 23 da Lei n.º 8.906/94).

Precedentes: REsp n.º 409.757/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13/09/2004; REsp n.º 124.715/SP, Rel. Min. João Otávio De Noronha, DJ de 09/02/2004; REsp n.º 295.987/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02/04/2001; e REsp n.º 114468/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 01/02/1999.

III – Recurso especial provido. (REsp 659.409/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 177)"

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE HONORÁRIOS JUNTADO AOS AUTOS. ART. 22, § 4.º, DA LEI N.º 8.906/94. INCIDÊNCIA APENAS NAS HIPÓTESES EM QUE EXISTA DEPÓSITO JUDICIAL OU PRECATÓRIO A SER EXPEDIDO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR RETENÇÃO DO VALOR CONTRATADO EM CONTRACHEQUES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não ocorre omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. A regra contida no art. 22, § 4.º, da Lei 8.906/94 – que permite ao advogado, apresentando o respectivo contrato, requerer ao juiz da causa o pagamento, diretamente a ele, dos honorários contratados – é aplicável apenas nos casos em que exista depósito judicial ou precatório a ser expedido nos autos. Não permite que o juiz determine o desconto de tais valores nos contracheques dos constituintes que firmaram acordo no curso do processo.

3. Recurso especial improvido. (REsp 737.440/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 09.08.2005, DJ 19.09.2005 p. 377)"

Dessa forma, é inconteste o direito dos agravantes de ter a retenção dos honorários pactuados no contrato de prestação de serviços advocatícios entabulado entres estes na própria ação de execução, devendo ser pago diretamente o valor devido, deduzido da quantia a ser recebida pelo contratante do referido serviço.

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 4

O pai da falecida poderá ingressar com ação de indenização por danos morais c/c com obrigação de fazer para a retirada do nome da filha do cadastro de inadimplentes, com pedido de antecipação de tutela contra a referida loja, haja vista estar sendo atingido o bom nome da família. Tal ação deve ser ajuizada pelo pai, em nome próprio, e não em nome da falecida, de acordo com o parágrafo único do art. 20 do Código Civil:

“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Eis o entendimento da doutrina: “Mas, a se admitir uma eventual reparação do dano moral, conseqüente do atentado à memória dos mortos, a legitimação do exercício da ação reparatória reconhecida em favor daqueles legitimados para a iniciativa da ação penal privada, não seria decorrência de um direito hereditário, já que morto o ofendido cuja memória é maculada, não haveria sucessão possível em um pretense direito nascido posteriormente à abertura da sucessão; seria, assim, uma ação de indenização fundada em direito próprio, no que são igualmente molestados, ainda que de maneira indireta, os sentimentos de dor e estima de seus familiares, pelas ofensas desrespeitosas à memória do ente querido” (Yussef Said Cahali. **Dano moral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 ed., pág. 700).

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

MÁSCARA

(Para uso do CESPE/UnB.)

Exame de Ordem 2010.1

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO CIVIL

Aplicação: 25/7/2010

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 5

Como se trata de caso clássico de vício redibitório, a adquirente do veículo pode rejeitar o produto ou pedir abatimento do preço da coisa. Da mesma forma, como o alienante era sabedor do vício que maculava o veículo, ele deverá restituir o valor pago e mais perdas e danos ou sujeitar-se à redução do preço. Como se trata de vício oculto, a compradora tem o prazo de 180 dias, a contar do descobrimento do vício, para o ajuizamento da ação de rescisão ou da ação *quantum minoris* com perdas e danos e lucros cessantes, que deverá ser proposta contra o alienante, e não contra quem recebeu o valor.

Fundamento nos artigos 441 (ação redibitória), 442 (ação *quantum minoris*) e 445, § 1.º (prazo de 180 dias), todos do Código Civil.

Observação para a correção: atribuir pontuação integral às respostas em que esteja expresso o conteúdo do dispositivo legal, ainda que não seja citado, expressamente, o número do artigo.