

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

**SECÇÃO SÃO PAULO**

**125º EXAME DE ORDEM - 2ª FASE**

**PROVA 2ª FASE**

DIREITO TRIBUTÁRIO

PONTO 1

A empresa Emporium ingressou em juízo com o objetivo de afastar a alteração da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, veiculada pelo art. 3º da Lei no 9.718/98, que equiparou o faturamento à receita bruta. A sentença de 1ª instância foi de procedência, tendo a União Federal interposto o competente recurso de apelação. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao recurso de apelação da União Federal e à remessa oficial, sob o fundamento de que o art. 110 do Código Tributário Nacional veda a equiparação do conceito de faturamento ao de receita bruta, em acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9718/98. ARTS. 2º E 3º. EQUIPARAÇÃO DA ESPÉCIE FATURAMENTO AO GÊNERO RECEITA. ILEGAL ELASTÉRIO NA BASE DE CÁLCULO. VIOLAÇÃO DO ART. 110 DO CTN. CONTENÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONALMENTE FIXADA A PARTIR DE CONCEITO JÁ ESTABILIZADO NO DIREITO PRIVADO. DESNECESSIDADE DE QUESTIONAMENTO EM NÍVEL CONSTITUCIONAL.

I. Leis complementares que veiculam normas gerais em matéria de legislação tributária são normas sobre normas e têm por finalidade dar consistência ao sistema tributário.

II. O art. 110 do CTN garante a preservação de uma tipicidade cerrada em relação a hipóteses de incidência tributária cuja instituição a Constituição autoriza e cujo conteúdo, ademais, o próprio texto constitucional prefigura.

III. Ilegalidade qualificada dos arts. 2º e 3º da Lei no 9.718/98, por afronta a disposição da Lei no 5.172/66, a que inerente o valor de norma de lei complementar.

IV. Com apoio no princípio *iuri novit curia*, o colegiado acolheu por fundamento de ilegalidade ambos os pedidos da apelante, restando afastada a oportunidade de se instaurar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, previsto no art. 480 do CPC.”

O acórdão do julgamento da apelação foi publicado no Diário de Justiça do dia 27 de setembro de 2004, uma segunda-feira, sendo a intimação pessoal do procurador da União realizada nesta mesma data. O procurador da União Federal interpôs somente recurso extraordinário, em 28 de outubro de 2004, com os seguintes fundamentos:

(i) o Tribunal Regional Federal não poderia afastar a aplicação da lei sem declarar a sua inconstitucionalidade, o que somente poderia ser feito pela Corte Especial do tribunal regional, nos termos do art. 97 da Constituição Federal; e  
(ii) o art. 3º da Lei no 9.718/98 não é inconstitucional, porque somente esclareceu o conteúdo do conceito de faturamento, equiparando-o ao de receita bruta, inserindo-se, destarte, no art. 195, I, da Constituição Federal, em sua redação original.

**QUESTÃO: Como advogado da empresa Emporium, elabore a peça processual adequada.**

**PONTO 2**

A empresa Péricles Táxi Aéreo, proprietária de três aeronaves, recebeu a notificação de lançamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA relativo ao exercício de 2004, emitida pela Secretaria dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo. A empresa Péricles vendeu uma das aeronaves em 2003, tendo realizado o devido registro junto às autoridades aeroportuárias competentes. Inconformada com a exigência do imposto, a empresa ajuizou ação anulatória de débito fiscal em face do Estado de São Paulo, que foi julgada improcedente pelo juiz de 1ª instância. No julgamento da remessa oficial (art. 475 do Código de Processo Civil) e do recurso de apelação interposto pelo Estado de São Paulo, a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve parcialmente a sentença recorrida, por maioria de votos, pronunciando Acórdão com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. AERONAVES.

1. O lançamento do imposto deve indicar o sujeito passivo previsto em lei. In casu, o Apelante vendera uma de suas aeronaves antes da ocorrência do fato gerador. Exigência descabida do imposto, no que tange à aeronave vendida.
2. A Constituição define, de forma genérica, o campo de competência dos impostos. O termo "Veículo Automotor" abrange, como a expressão já o indica, qualquer veículo que possua motor e se locomova. Inteligência do Art. 155, III da Constituição Federal.
3. O art. 158, II da Constituição Federal é norma de Direito Financeiro, irrelevante para a matéria tributária.
4. Recurso parcialmente provido. Vencido o Desembargador Fulano de Tal."

**QUESTÃO: Como advogado da empresa Péricles Táxi Aéreo, interponha o recurso competente.**

### PONTO 3

Antes de ser editada a Lei paulista no 10.992, de 21 de dezembro de 2001, que instituiu o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, José doa para seu primeiro filho, Antonio, ações de uma empresa situada no Estado de São Paulo. José falece em 15 de janeiro de 2003, portanto, depois da edição do novo Código Civil - Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. As ações que foram doadas para Antonio são levadas à colação no processo de inventário, e foi recolhido o ITCMD sobre todos os bens arrolados no inventário, inclusive os que haviam sido objeto da antecipação de legítima. Em janeiro de 2004, Antonio lê uma entrevista de um advogado no jornal, que defende a não-incidência do ITCMD nesta hipótese específica, de modo que os valores já recolhidos poderiam ser restituídos ou compensados com outros débitos de tributos estaduais.

Desta forma, Antonio consulta-o/a como advogado/a, para obter sua opinião legal sobre o caso.

**QUESTÃO: Elabore a medida judicial adequada para defender os interesses de Antonio, redigindo a fundamentação e o pedido nos termos que entender aplicáveis.**

### QUESTÃO PRÁTICA

#### Questão nº 1

O Governador do Estado de São Paulo propôs ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei no 9.085/95, daquele Estado. O diploma em análise dispõe sobre incentivo fiscal para pessoas jurídicas que possuam empregados com mais de 40 anos e está assim redigido:

Art. 1o Fica instituído incentivo fiscal para as pessoas jurídicas domiciliadas no Estado que, na qualidade de empregador, possuam pelo menos 30% de seus empregados com idade superior a 40 anos.

§ 1o O incentivo fiscal de que trata esta lei corresponderá ao recebimento, por parte da pessoa jurídica referida no caput deste artigo, de certificados expedidos pelo Poder Público, correspondentes ao valor do incentivo, na forma a ser fixada em decreto do Poder Executivo.

§ 2o Os portadores dos certificados poderão utilizá-los para pagamento dos seguintes impostos:

- 1) sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal; e
- 2) sobre propriedade de veículos automotores até o limite de 15% do valor devido, a cada incidência, que poderá ser ampliado, de forma progressiva, segundo o número e a idade dos empregados.

§ 3o Anualmente, a Assembléia Legislativa fixará o montante global a ser utilizado como incentivo, respeitados os limites, mínimo e máximo, de 1% e 5%, respectivamente, de receita proveniente daqueles tributos.

§ 4o Os benefícios de que trata esta lei deverão ser previstos na elaboração do projeto de lei orçamentária.  
(....)

O autor da ação aduz que esta norma viola o disposto nos artigos 5o, caput, e 7o, XXX, da CF, na medida em que é inegável que o incentivo financeiro-fiscal desencadeia, ou pode acarretar, a preferência de, pelo menos, significativo segmento do mercado de trabalho pelos trabalhadores com mais de 40 anos de idade e que o encorajamento, excitado pelo benefício tributário, por certo estabelece uma segregação não permitida pela Constituição, sobretudo quando a lei, animado desmesuradamente o efeito financeiro, admite, em relação ao imposto sobre a propriedade de veículos automotores, sua ampliação de forma progressiva, segundo o número e a idade dos empregados. Aduz, ainda, que a lei em comento fere o princípio federativo, já que o tema não foi objeto de deliberação do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz.

**É admissível a pretensão do autor quanto às ofensas aos dois princípios constitucionais alegados? Fundamentar.**

**Questão nº 2**

Observe o seguinte trecho do Voto-Vista pronunciado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial no 382.736-SC:  
Outra razão, que adoto como fundamento de voto, finca-se na natureza do Superior Tribunal de Justiça. Quando digo que não podemos tomar lição, não podemos confessar que a tomamos. Quando chegamos ao Tribunal e assinamos o termo de posse, assumimos, sem nenhuma vaidade, o compromisso de que somos notáveis conhecedores do Direito, que temos notável saber jurídico. Saber jurídico não é conhecer livros escritos por outros. Saber jurídico a que se refere a CF é a sabedoria que a vida nos dá. A sabedoria gerada no estudo e na experiência nos tornou condutores da jurisprudência nacional.

Somos condutores e não podemos vacilar. Assim faz o STF.

Nos últimos tempos, entretanto, temos demonstrado profunda e constante insegurança.

Vejam a situação em que nos encontramos: se perguntarem a algum dos integrantes desta Seção especializada em Direito Tributário, qual é o termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito nos casos de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível, cada um haverá de dizer que não sabe, apesar de já existirem dezenas, até centenas de precedentes. Há dez anos que o Tribunal vem afirmando que o prazo é decenal (cinco mais cinco anos). Hoje, ninguém sabe mais. (...)

O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes. (...)

Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele se virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem saber nada, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

O Voto acima foi proferido por ocasião de um julgamento, no qual se discutia, em síntese, a revisão da Súmula 276/STJ,

cujo enunciado é:

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

A revisão, proposta pelo Relator, Ministro Castro Meira, daria à Súmula a seguinte nova redação:

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais, até o advento da Lei no 9.430/96, são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

**Qual a controvérsia jurídica existente anteriormente à edição da Lei no 9.430/96, que levou à edição da Súmula 276, e porque depois se iniciou novo debate, acerca da questão mencionada?**

**Questão nº 3**

Empresa fabricante de sorvetes, sediada na Capital do Estado de São Paulo, resolve abrir uma filial na Capital do Estado do Rio de Janeiro, que se encarregará da distribuição de sorvetes a vendedores autônomos. Como é comum nesse ramo de atividades, a empresa possui carrinhos de sorvete, de sua propriedade, que são cedidos a autônomos (os sorveteiros), para o transporte de sorvetes a serem vendidos nas praias. A fim de iniciar as operações da nova filial, a empresa remete ao novo estabelecimento 200 carrinhos de sorvete adquiridos em junho de 2003 pelo estabelecimento paulista de um fornecedor local. Como a demanda, na alta temporada, superou em muito a expectativa inicial, o estabelecimento paulista transfere outros 100 carrinhos, adquiridos em 1o de janeiro de 2001.

**Tendo em vista a legislação do ICMS, apresente as conseqüências, para o estabelecimento paulista, de ambas as operações.**

**Questão nº 4**

Pessoa jurídica, sediada no Brasil, efetua uma remessa de R\$ 1.000,00 a empresa sediada nos Estados Unidos, a título de aluguel do imóvel que a primeira ocupa, no Brasil. O valor acima referido é o efetivamente remetido, i.e., o valor que foi recebido, em moeda corrente, pela locadora. Informada de que haveria incidência de imposto de renda na operação, e já não mais tendo como cobrar o imposto da locadora, decide a locatária assumir o ônus do imposto, solicitando que você informe o montante que deverá ser recolhido, no Brasil.

**Apurar o montante de imposto devido sobre a apuração (não será exigido o acerto do cálculo aritmético, desde que indicada, com exatidão, a operação).**

## DIREITO CIVIL

### PONTO 1

José Pedro, residente e domiciliado na cidade de São Paulo, vendeu, em 15 de maio de 2003, por R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), um automóvel a André Luiz, residente e domiciliado na cidade de São Paulo. José Pedro recebeu um sinal, no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), e firmou com André Luiz documento escrito, no qual este último comprometia-se a pagar o restante do preço devido, mediante depósito em dinheiro a ser efetuado direto na conta corrente de José Pedro, em três parcelas, cada uma no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), com vencimento para os dias 15 de maio, 15 de julho e 15 de setembro de 2003. Ocorre, entretanto, que José Pedro, até o presente momento, não recebeu qualquer das parcelas avençadas, muito embora tenha se esforçado para tanto, constituindo portanto em mora o devedor. De assinalar-se que o documento foi assinado somente pelas partes.

**QUESTÃO: Como advogado de José Pedro, tome a correta providência judicial para que seu cliente receba a quantia a que tem direito, com os acréscimos devidos, ou constitua o título executivo.**

### PONTO 2

João é proprietário de prédio residencial localizado no Bairro de Santana, na capital de São Paulo. O prédio vizinho ao seu é de propriedade de Flávio, que reside na cidade de Campinas. Há dois meses, Flávio iniciou a construção de uma edícula nos fundos de seu terreno. Ao invés de implantar novos alicerces para a estrutura, Flávio aproveitou antigas colunas que faziam parte do terreno, tornando temerária a construção, que ameaça cair sobre o prédio de João.

**QUESTÃO: Como advogado de João, promova a medida judicial cabível para obstar a construção e garantir que o mesmo não terá prejuízos no caso de ruína dos prédios.**

### PONTO 3

José Maria, residente e domiciliado em São Paulo, comprou de Marco Antônio, residente e domiciliado em Campinas, uma imagem de Santa Rita de Cássia, de 25 cm de altura, toda em ouro, pelo valor de R\$ 58.000,00. O pagamento foi feito à vista e em dinheiro e consta do recibo que a imagem era inteiramente forjada em ouro 18k. Ao receber a imagem em sua residência, entretanto, José Maria pôde conferir que a mesma não era em ouro maciço, e sim forjada em um metal inferior e banhada a ouro. José Maria levou a estátua a um especialista, que a avaliou em R\$ 20.000,00. Então, José Maria contactou Marco Antônio, que se recusou a devolver a quantia paga a maior.

**QUESTÃO: Sabendo que José Maria deseja ficar com a imagem, como seu advogado, tome a providência judicial indicada para que o mesmo receba a quantia paga a maior, obtendo, assim, abatimento no preço.**

## QUESTÃO PRÁTICA

### Questão nº 1

Diferencie alimentos provisionais de alimentos provisórios. Fundamente legalmente.

### Questão nº 2

É possível a conversão da separação de corpos em divórcio? Justifique sua resposta.

### Questão nº 3

No que consiste a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer? Indique a fundamentação legal.

**Questão nº 4**

À luz do Código Civil de 2002, diferencie União Estável de Concubinato, com sua fundamentação legal.

DIREITO DO TRABALHO

**PONTO 1**

O empregador, ao comparecer pessoalmente, sem advogado, à audiência de uma ação em que é cobrado o pagamento de adicional de insalubridade, em grau máximo, sobre o salário efetivamente pago ao empregado, aduz simplesmente nada dever ao empregado. Encerrada a instrução, sem produção de outras provas, sob a alegação de falta de contestação específica dos fatos, é proferida sentença de acolhimento do pedido, com condenação do empregador no pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, calculado, porém, sobre o salário mínimo. O empregador, intimado da sentença e embora com ela não concorde, não a impugna. O empregado, por sua vez, oferece recurso ordinário, postulando a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário que efetivamente recebia.

**QUESTÃO: Como advogado contratado pelo empregador, no momento em que recebida a intimação para oferecer sua resposta, tomar a providência processual cabível com vistas a afastar a sucumbência do reclamado.**

**PONTO 2**

Empregado dispensado com justa causa ajuíza reclamação postulando o pagamento, entre outros títulos, de férias vencidas. O pedido é julgado totalmente improcedente, sob a alegação de que a gravidade da falta praticada - agressão física a superior hierárquico - afasta a possibilidade de qualquer crédito ao empregado, mesmo sob a rubrica de férias vencidas.

**QUESTÃO: Tendo o prazo legal decorrido sem a interposição de recurso, apresentar a medida processual adequada para a defesa dos interesses do empregado.**

**PONTO 3**

José, inscrito em eleição para o cargo de diretor do sindicato, é dispensado sem justa causa, tão logo comunicada a sua empregadora do fato, recebendo todos os pagamentos previstos em lei, sem exceção de nenhum.

**QUESTÃO: Apresentar a medida processual adequada para a defesa dos interesses de José.**

QUESTÃO PRÁTICA

**Questão nº 1**

A ação de consignação em pagamento é compatível com o processo do trabalho? Explicar.

**Questão nº 2**

É possível pactuar-se com o empregado bancário, sujeito a jornada de seis horas de trabalho, a prestação de duas horas extras por dia, mediante acordo feito no momento da celebração do contrato de trabalho?

**Questão nº 3**

Caso o empregado considere seu contrato de trabalho rescindido, imputando ao empregador descumprimento de obrigação imposta por lei e cessando, de imediato, a prestação de serviço, pode ainda pretender receber o pagamento de valor correspondente ao aviso prévio?

**Questão nº 4**

Em audiência de instrução, pretendendo o reclamante ouvir, como testemunha, pessoa com a qual mantém laços de amizade íntima, o que deverá fazer o advogado do reclamado e em que momento deverá manifestar-se?

## DIREITO PENAL

### PONTO 1

João foi acusado de ter subtraído, no dia 5 de janeiro de 2003, vinte mil dólares de seu pai, Fábio, com cinquenta e oito anos de idade. Houve proposta de suspensão condicional do processo, não aceita pelo acusado. Ouvidas duas testemunhas de acusação, disseram que, realmente, houve a subtração, por elas presenciada. O pai, vítima, confirmou o fato e a propriedade dos dólares. Por outro lado, o acusado e duas testemunhas de defesa afirmaram que os dólares não pertenciam ao pai do acusado, mas à sua mãe, que, antes de falecer, os dera para o filho. Não foi juntada prova documental a respeito da propriedade do dinheiro. O juiz, no dia 4 de janeiro de 2005, condenou João pelo crime de furto simples às penas de 1 (um) ano de reclusão e 10 dias-ulta, no valor mínimo, substituindo a pena de reclusão pela restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

**QUESTÃO: Como advogado de João, verifique o que pode ser feito em sua defesa e, de forma fundamentada, postule o que for de seu interesse por meio de peça adequada.**

### PONTO 2

João foi acusado pelo Ministério Público de praticar homicídio qualificado por motivo fútil porque disparou tiros que atingiram Pedro, seu amigo, e causaram-lhe a morte, assim agindo porque este cuspira, em brincadeira, no seu rosto. Na decisão de pronúncia, o juiz, além de admitir a qualificadora do motivo fútil, acrescentou, ainda, a qualificadora da traição porque, segundo a prova colhida, João mentira para Pedro, convidando-o para almoçar em sua casa e, aproveitando-se de momento em que ele estava sentado à mesa, atingiu-o pelas costas.

**QUESTÃO: Como advogado de João, verifique o que pode ser feito em sua defesa e, de forma fundamentada, postule o que for de seu interesse por meio de peça adequada.**

### PONTO 3

O Ministério Público pleiteou a colocação de A, que cumpre pena pelo crime de seqüestro, no regime disciplinar diferenciado, com base no artigo 52 da Lei de Execução Penal, pelo período máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias. O juiz indeferiu o pedido porque, no seu entendimento, o regime disciplinar diferenciado, na forma em que foi definido, fere princípios constitucionais. Intimado da decisão, o Ministério Público interpôs agravo, juntando suas razões, após ter decorrido o prazo de oito (dias), requerendo que fosse seguido o rito do agravo de instrumento do Código de Processo Civil. Processado o recurso, o Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo e determinou a inclusão do preso no regime diferenciado.

**QUESTÃO: Como advogado de A, verifique o que pode ser feito em sua defesa e, de forma fundamentada, postule o que for de seu interesse por meio de peça adequada.**

## QUESTÃO PRÁTICA

### Questão nº 1

O advogado do acusado A, em plenário de julgamento pelo Júri, apesar de inexistir réplica do promotor, requereu ao juiz que lhe fosse dada a oportunidade para oferecer tréplica.

**Qual a solução a ser adotada? Fundamente.**

### Questão nº 2

O advogado de João, apesar de regularmente intimado, deixou de oferecer as razões de apelação que interpusera em favor do acusado em virtude de sua condenação.

**Que deve fazer o juiz? Justifique.**

### Questão nº 3

Como o artigo 5o, XLII, da Constituição Federal, considera, entre outros, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o terrorismo, tem sido questionada pela doutrina a previsão do crime de terrorismo entre nós.

**Pergunta-se: a) que artigo de lei se refere ao terrorismo como prática criminosa? b) essa disposição permite afirmar que existe, entre nós, o crime de terrorismo?**

### Questão nº 4

Pedro, não-funcionário, ingressou na repartição pública em que João, funcionário público, seu amigo, trabalha e subtraiu o computador que João, conforme previamente combinado, deixara sobre a sua mesa. O ingresso se deu no período noturno, com uso de chave cedida por João.

**Pergunta-se: que crimes cometeram Pedro e João? Justifique.**

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

**SECÇÃO SÃO PAULO**

**125º EXAME DE ORDEM - 2ª FASE**

**GABARITOS**

CIVIL - PONTO 01

Trata-se de Ação monitória e o foro competente é uma das Varas Cíveis do Foro de São Paulo. A ação tem que seguir o preceituado no artigo 282 do Código de Processo Civil, combinado com os artigos 1102a e 1102b, do mesmo Diploma legal. O autor precisa explicar que está promovendo a monitória pois o documento que explicita a dívida não tem caráter executivo, já que foi assinado apenas pelas partes. Esse documento deve instruir a inicial, assim como a procuração e a memória de cálculo atualizada. Pode o credor juntar cópia de seu extrato bancário, demonstrando a não incidência do depósito, devendo, entretanto, provar a constituição em mora. O pedido deve ter por objeto a expedição de mandado de pagamento a ser cumprido no prazo de 15 dias. Caso efetue o pagamento, o réu ficará isento do pagamento de custas e honorários advocatícios. O réu deverá ser alertado de que, caso não seja efetuado o pagamento, ou não sejam opostos embargos, converter-se-á, por sentença, o mandado inicial em mandado executivo, e a demanda prosseguirá na forma do processo executivo.

CIVIL - PONTO 02

Trata-se de Ação de Nunciação de Obra Nova, o foro competente é o da situação do imóvel, no caso uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santana, Comarca de São Paulo (na forma do artigo 95 do CPC). A ação deverá observar o preceituado no artigo 282 do CPC, cumulado com o artigo 936 do CPC. Os fundamentos jurídicos que autorizam a propositura da ação encontram-se nos artigos 1277 e seguintes (especialmente o artigo 1280) do CC/02, dedicados ao direito de vizinhança. Deverá o Nunciante requerer liminarmente, ou após justificção prévia, caso assim melhor entenda o Juiz, embargo para que fique suspensa a obra. Deve requerer, ainda, se mande afinal modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento, além da cominação de pena para o caso de inobservância do preceito e a condenação em perdas e danos. Deve o autor pedir, ademais, que deferido o embargo, seja o proprietário citado para contestar em cinco dias, além da intimação do construtor e dos operários para que não continuem a obra sob pena de desobediência.

CIVIL - PONTO 03

Faz-se necessária a propositura de uma Ação Ordinária fundada no artigo 282 e seguintes do Código de Processo Civil. Como José Maria quer ficar com a imagem, e deseja receber a diferença paga, deverá fundamentar seu pedido no artigo 442 do Código Civil, já que aquele que recebe coisa com vício oculto pode rejeitá-la, ou reclamar abatimento no preço. O foro competente para a propositura da demanda é uma das Varas Cíveis do Foro de Campinas, foro do domicílio do réu, em razão do disposto no artigo 94 do Código de Processo Civil.

## CIVIL - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - Os alimentos provisionais são aqueles obtidos mediante a propositura da medida cautelar prevista nos artigos 852 e seguintes do Código de Processo Civil. Esses alimentos têm como finalidade manter a parte que deles necessita durante o processo. Os alimentos provisórios são aqueles obtidos liminarmente, "initio litis", na ação que segue o rito especial da Lei 5.478 de 1969, ou aqueles concedidos nas ações de separação contenciosa, nas de nulidade e anulação de casamento, na revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e nas respectivas execuções, como autoriza o artigo 13 da mencionada Lei 5.478/68.

QUESTÃO 02 - A separação de corpos pode ser convertida em divórcio, nos termos do caput do art. 1.580 do CCivil de 2002, ou seja, um ano após a "decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos". O divórcio também pode ser decretado diretamente, com a propositura de ação de divórcio, com a demonstração de que o casal encontra-se separado **de fato** há mais de dois anos (art. 1.580, parágrafo 2º).

QUESTÃO 03 - A tutela específica representa a obtenção de um resultado prático no acionamento do Poder Judiciário, diferente de um valor em dinheiro. O artigo 461 e 461a do Código de Processo Civil instituem essa tutela específica, que visa ao "exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida" (Luiz Rodrigues Wambier e outros, Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2004, p.294). Para obtenção dessa tutela, a lei confere ao órgão jurisdicional amplos poderes, para impelir ao demandado uma conduta que deveria ter sido espontânea, como a imposição de multa diária por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

QUESTÃO 04 - União estável é a convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família, conforme prevê o artigo 1.723 do CCivil de 2002. A lei somente reconhece como união estável as relações que não sofrem quaisquer dos impedimentos do artigo 1.521, com exceção do inciso VI, podendo constituir-se a união caso um ou ambos os companheiros estejam separados de fato ou judicialmente de seus cônjuges. O Concubinato, por sua vez, são as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, pelo disposto nos incisos do artigo 1.521.

#### PENAL - PONTO 01

Peça - Apelação, com pedido de absolvição, com fundamento no art. 386, V do Código de Processo Penal e no art. 181, II, do Código Penal.

#### OUTRA ALTERNATIVA

Peça - Habeas corpus.

Endereçamento -Tribunal de Justiça.

Pedido e fundamento - pedindo anulação da sentença, porque é isento de pena o filho que comete crime contra pai, com menos de sessenta anos de idade (artigos 181, II e 183, III, do Código Penal).

#### PENAL - PONTO 02

Peça - Recurso em sentido estrito (art. 581, IV)

Endereçamento -Tribunal de Justiça.

Pedido e fundamento - Afastamento das qualificadoras. Afastamento da qualificadora do motivo fútil porque cuspir no rosto de outra pessoa pode configurar, até mesmo, crime de injúria, e não é insignificante. Afastamento da qualificadora da traição porque não fora incluída na denúncia, havendo necessidade de aditamento. Pode-se, também, pleitear a nulidade da pronúncia pela inclusão da segunda qualificadora.

#### PENAL - PONTO 03

Peça - Habeas corpus - Superior Tribunal de Justiça.

Pedido e fundamento - O rito adequado para o recurso do Ministério Público era o recurso em sentido estrito, e, por isso, o agravo do Ministério Público foi intempestivo, não podendo, assim, ser conhecido pelo Tribunal. Além disso, poderia acentuar os argumentos de inconstitucionalidade, por violação do princípio da dignidade humana (art. 1º, III), por ofensa à integridade física e moral dos detentos (art. 5º, XLIX), por contrariar o princípio de individualização da pena (art. 5º, XLVI).

## PENAL - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - Há duas posições, as quais indicam as possíveis soluções. Uma, no sentido de que o advogado do acusado não pode oferecer a tréplica, pois ela pressupõe a réplica. Além do mais, haveria prejuízo ao Ministério Público e ofensa ao princípio do contraditório. Conforme essa orientação, o juiz deveria indeferir o pedido. Outra posição sustenta que a defesa pode apresentar a tréplica, porque a Constituição Federal garante, no artigo 5º, XXXVIII, alínea a, a plenitude da defesa, não podendo ficar o acusado prejudicado em sua defesa devido à ausência de réplica do Ministério Público, com tempo menor em relação ao que poderia ser utilizado. Por esse entendimento, o juiz deveria deferir o requerimento.

QUESTÃO 02 - Segundo o Código de Processo Penal, poderia o juiz dar seguimento ao processo (artigo 601) sem as razões, encaminhando os autos ao tribunal. Contudo, conforme doutrina predominante e forte jurisprudência, para melhor preservar o direito de defesa, em momento culminante do processo, o juiz deveria intimar o acusado a constituir novo defensor para oferecer as razões no prazo. Decorrido o prazo, deveria nomear defensor para o acusado.

QUESTÃO 03 - O artigo 20 da Lei 7.170, de 14.12.83, considera crime "... praticar... atos de terrorismo". Parte da doutrina, contudo, sustenta que, ante a generalidade da disposição, inexistente, na realidade, definido entre nós o crime de terrorismo. Considera que há ofensa ao princípio da legalidade.

QUESTÃO 04 - Peculato-subtração (artigo 312, §1º). Comunica-se a condição de funcionário público, porque elementar do crime (art. 30 do Código Penal).

#### TRABALHO - PONTO 01

A peça processual a ser apresentada corresponde ao recurso ordinário, interposto sob forma adesiva, com alegação de nulidade da sentença, em decorrência de não realização de perícia para apuração de insalubridade, obrigatória, diante do disposto no art. 195, § 2º, da CLT.

#### TRABALHO - PONTO 02

A medida processual adequada corresponde à ação rescisória, fundada no art. 485, inciso V, do CPC, tendo em vista que a rejeição do pedido de pagamento de férias vencidas, em caso de dispensa com justa causa, viola o art. 146, da CLT.

#### TRABALHO - PONTO 03

A medida processual adequada corresponde a ação trabalhista, com pedido de reintegração no emprego, a ser deferido liminarmente, na forma do art. 659, inciso X, da CLT, além de pagamento de salários, décimo-terceiro salário, FGTS e demais títulos vencidos e a vencer, desde o afastamento até a efetiva reintegração.

## TRABALHO - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - Sim. Existe omissão e compatibilidade da ação indicada com os princípios do processo do trabalho, na forma do art. 769, da CLT.

QUESTÃO 02 - A prática é nula, caracterizando a chamada pré-contratação de horas extras. Dela decorre que o valor do salário e das horas extras remunera apenas a jornada normal de trabalho, sendo ainda devido o pagamento das duas horas extras contratadas, com adicional.

QUESTÃO 03 - Sim. Trata-se de despedida indireta, sendo devido, pelo empregador, o pagamento de aviso prévio, como explicitado pelo art. 487, § 4º, da CLT.

QUESTÃO 04 - Deverá o advogado do reclamado contraditar a testemunha, logo após a sua qualificação e antes de prestado o compromisso.

## TRIBUTÁRIO - PONTO 01

- i) endereçamento ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região;
- ii) preliminar: intempestividade do recurso;
- iii) preliminar: ausência de prequestionamento do art. 195, I, da Constituição Federal, em sua redação original;
- iv) preliminar: não-cabimento do recurso extraordinário, porque o fundamento do acórdão da apelação para afastar a aplicação do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é legal, de modo que o recurso cabível seria o recurso especial;
- v) mérito: não há necessidade de submeter o julgamento do Plenário do Tribunal Regional Federal quando o fundamento é legal; somente quando é constitucional; e
- vi) mérito: impossibilidade de equiparação dos conceitos de faturamento e receita bruta.

## TRIBUTÁRIO - PONTO 2

- i) endereçamento ao presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- ii) recurso cabível: recurso extraordinário;
- iii) mérito: pleitear que a exigência do IPVA sobre a propriedade de aeronaves extrapola o campo de competência tributária estadual, já que a expressão “veículo automotor” refere-se, nos termos constitucionais, àquele que é licenciado em determinado Município (art. 158, III da CF). Também cabível o argumento de que os Estados são competentes para o registro de veículos, não para o registro de aeronaves. Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

EMENTA: IPVA - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC 27/85): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 134.509/AM, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.2002, DJU 13.09.2002, p. 64).

EMENTA: IPVA - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC 27/85): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 255.111/SP, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.2002, DJU 13.12.2002, p. 60).

Do voto do Ministro red. p/ acórdão, extraímos o seguinte trecho:

Esse campo material de incidência do imposto sobre propriedade de veículos automotores resulta ainda de outras normas constitucionais, a começar pela contida no § 13 do mesmo art. 23 da Constituição Federal, também acrescentado pela Emenda nº 27, de 1985, que, tratando da destinação do produto da arrecadação do imposto, dispõe que cinquenta por cento constituirá receita do Município onde estiver licenciado o veículo. Essa locução adverbial de lugar somente pode ser referida aos veículos terrestres, porque estes, em face da legislação e pela ordem natural das coisas, estão sujeitos a licenciamento nos municípios de domicílio ou de residência dos respectivos proprietários. Dispõe, com efeito, o art. 57 do Código Nacional de Trânsito:

Art. 57. Os veículos automotores, de propulsão humana ou tração animal, reboques, carretas e similares, em circulação pelas vias terrestres do País, estão sujeitos a licenciamento no município de seu domicílio ou residência de seus proprietários.

Já as aeronaves e embarcações devem ser registradas no Registro Aeronáutica Brasileiro e no Tribunal Marítimo, respectivamente, nos termos da legislação relativa. No tocante às aeronaves nacionais, dispõe o Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 32, de 18/11/66) que são bens registráveis para efeito de sua condição jurídica, só podendo constituir objeto de direito através de assentamentos no Registro Aeronáutico Brasileiro do Ministério da Aeronáutica, órgão encarregado de emitir os certificados de matrícula, que é condição para sua utilização (arts. 10 e 12).

(...)

Os Estados-membros têm competência para legislar supletivamente sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres (Constituição, art. 8º, XVII, 'n', e par. único), sendo natural, assim, a atribuição constitucional de competência impositiva sobre a propriedade de veículos automotores. Mas, em nenhum ponto, a autonomia estadual se estende ao campo da navegação marítima ou aérea. A competência para legislar sobre direito aeronáutico e marítimo é exclusiva da União (Constituição, art. 8º, XVII, b). Normas locais que impõem o registro e licenciamento de embarcações e aeronaves em cadastros dos Estados interessados, para fins de cobrança do IPVA, não têm qualquer validade, porque se apresentam frontalmente conflitantes com as regras constitucionais que declaram a competência legislativa exclusiva da União.

### TRIBUTÁRIO - PONTO 3

i) elaborar ação de repetição de indébito, dirigida ao juízo competente (na Capital, uma das Varas da Fazenda Pública; no interior, Vara Cível ou Vara Única, dependendo da Comarca), requerendo a repetição do indébito do tributo (tendo em vista que não há possibilidade legal de compensação).

ii) No mérito, não há incidência do ITCMD nesta hipótese, porque a doação ocorreu antes da edição da lei que instituiu o referido imposto no Estado de São Paulo.

A colação, nos termos do art. 2002 e seguintes do Código Civil de 2002, constitui simples indicação nos autos do processo de inventário, do valor dos bens doados pelo de cujus ainda em vida, com o intuito de igualar a legítima dos descendentes e do cônjuge. Neste sentido, confira-se o seguinte julgado:

Inventário - Herdeiros que informam as doações que o pai fez em vida (adiantamentos de legítima) para, a partir de seus efeitos, apresentarem plano de partilha proporcional sobre os bens que remanescem - Hipótese de partilha justa ou equânime que se fez em vida (art. 1776 do CC), inviabilizando a tese de que caberá recolher imposto causa mortis também sobre o valor dos bens doados - Bitributação inadmissível - Provimento (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº 272.495/2, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 03.12.2002, DJ SP I 28.01.2003, p. 36 - Repertório IOB de Jurisprudência, vol. I - tributário, constitucional e administrativo, n. 1/18809, p. 675).

## TRIBUTÁRIO - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - A presente questão foi examinada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime (ADIn 1.276-2 São Paulo (DJU 29.11.2002))

Ofensa ao princípio da Igualdade: não se configura a ofensa: o princípio da igualdade não se opõe à existência de normas indutoras, ditas extrafiscais. No caso, no dizer da Ministra Ellen Gracie, relatora do caso, a Casa Legislativa Paulista utilizou-se, legitimamente, do caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular uma conduta por parte do contribuinte, abrindo mão de uma parte da receita do Estado, para equilibrar uma situação de desigualdade social, ressaltando, ainda, que o incentivo foi dado de forma abstrata e totalmente impessoal.

Ofensa ao Princípio Federativo: No que tange ao IPVA, descabe cogitar de ofensa o princípio federativo ou a qualquer outra limitação constitucional; no que se refere ao ICMS, o incentivo fiscal, para ser validamente concedido, depende da autorização do CONFAZ, prevista na Lei Complementar 24/75, conforme a regra do art. 155, § 2º, XII, g, do texto constitucional. A própria Ministra Ellen Gracie citou, no caso ora em análise, o precedente da ADIMC 1.577, Rel. Min. Néri da Silveira (DJU 31.08.2001), que decidiu: Inviável a concessão, por parte dos Estados ou do Distrito Federal, de benefício fiscal, relativo ao ICMS, unilateralmente, diante da regra do art. 155, § 2º, XII, letra "g", da Constituição Federal..

QUESTÃO 02 - (i) A Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 6º, fixou norma de isenção da COFINS nos seguintes termos:

Art. 6º. São isentas da contribuição:

I - omissis

II - As sociedades civis de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87, de 22.12.1987.

Por sua vez, o referido art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397 assim dispunha:

Art. 1º. A partir do exercício financeiro de 1.989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Quando da edição da Súmula, a discussão ainda não versava acerca da revogação, ou não, daquela isenção. Naquela época, a discussão era de outro jaez: a Fazenda Nacional, adotando interpretação restritiva das normas acima, entendia que as sociedades civis deveriam ser, necessariamente, sob pena de perder o direito à isenção, optantes pelo regime de tributação pelo lucro real. Daí o STJ, por diversos precedentes, como, por exemplo, o Resp 144.851/RS, Relator Min. Garcia Vieira, ter decidido que, independentemente do regime de tributação escolhido para fins de imposto de renda, aquelas sociedades teriam o direito à isenção.

(ii) o novo debate que se passou a travar tem a ver com a revogação da isenção veiculada pelo art. 6º da Lei Complementar nº 70/91, pelo artigo 56 da Lei nº 9.430/96.

A discussão então travada passou a ser se, tendo a isenção sido veiculada por uma lei complementar, apenas outra lei complementar a poderia revogar.

No julgamento acima relatado, buscou-se sustentar que a Lei Complementar nº 70/91, conquanto formalmente complementar, seria materialmente ordinária, nada obstando, daí, ser a isenção por ela concedida revogada por lei ordinária; entretanto, por maioria de votos, a Seção decidiu pela manutenção da Súmula, com seu teor original, prevalecendo, naquele Tribunal, o entendimento de que seria necessária uma lei complementar para revogar a

isenção, em nome do princípio da hierarquia das leis.

QUESTÃO 03 - Trata-se de transferência interestadual de bens do ativo permanente. A operação de transferência de bens do ativo permanente não é tributada pelo ICMS, já que não se trata de mercadoria.

No caso dos bens adquiridos em 2003, sua aquisição dera direito à empresa de se creditar do imposto (que incidira à alíquota de 18%) na razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês; ocorrendo a operação antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não se permite, a partir da data da alienação, o creditamento do imposto, em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio (art. 20, § 5º, V da Lei Complementar 87/96). Ou seja: a empresa perde o crédito relativo à parcela ainda não creditada.

Já quanto aos bens adquiridos em 2001, tendo transcorrido o quadriênio a que se fez referência acima, não cabe mais falar em perda de valor a creditar.

QUESTÃO 04 - Os pagamentos a não residentes, não localizados em países com tributação favorecida, estão, de regra, sujeitos à retenção de 15% (quinze por cento), na fonte, nos termos do art. 685 do vigente Regulamento do Imposto de Renda. No caso, o valor informado foi líquido do imposto. Aplica-se, então, a técnica de gross up, disciplinada pelo art. 725 do mesmo Regulamento, resolvendo-se a questão pela seguinte regra de três:

$$\text{R\$ } 1.000,00 = 0,85$$

$$X = 0,15$$

Donde se extrai a seguinte fórmula para apuração do imposto devido:

$$X = (1.000 \times 0,15) / 0,85$$

$$X = \text{R\$ } 176,47$$