

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SECÇÃO DE SÃO PAULO
126º EXAME DE ORDEM
PROVA**

DIREITO CIVIL

PONTO 1

Em abril de 1993, Alberto ocasionou acidente de trânsito e colidiu o veículo que dirigia com o veículo conduzido por Cláudio. Na ocasião, Cláudio achava melhor não fazer nada, pois os danos foram de pouca monta, mas decidiu, em março de 2005, propor a ação de ressarcimento cabível. Proposta a ação, o feito prosseguiu com o oferecimento de defesa e produção de provas, estas contundentes no sentido de apontar a culpa de Alberto. A sentença, publicada há 10 (dez) dias, acolheu preliminar de prescrição e julgou improcedente a ação; apesar de o Código Civil anterior estipular o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, o novo Código, sob cuja égide a ação foi proposta, reduziu o prazo para 3 (três) anos. A sentença não apreciou nenhum outro ponto da lide, além da prescrição.

QUESTÃO: Como advogado de Cláudio, interponha o recurso cabível. Considere que a ação tramita perante a 56a Vara Cível Central da Capital.

PONTO 2

A ação ordinária movida por ABC Empreendimentos Ltda. contra Aristides da Silva foi julgada procedente, para condenar este ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de perdas e danos causados por má prestação de serviços. Aristides recorreu e o recurso aguarda distribuição no Tribunal competente. Enquanto isso, a ABC Empreendimentos Ltda. descobriu que Aristides pôs à venda os dois únicos imóveis desembaraçados de sua propriedade - um na cidade de Poá e outro na cidade de Itu - e pretende dilapidar seu patrimônio para furta-se ao pagamento da indenização.

QUESTÃO: Como advogado de ABC Empreendimentos Ltda., tome a medida cabível para a defesa de seus interesses. Considere que a ação tramitou perante a 20a Vara Cível da comarca de Santos, domicílio de Aristides e sede da ABC Empreendimentos Ltda.

PONTO 3

José e Juscelino celebraram contrato de locação, por meio do qual este locava àquele imóvel de sua propriedade, para instalação de estabelecimento comercial mantido por José. Passados 6 (seis) anos de relação contratual contínua e formalizada, houve significativa queda do preço de mercado das locações nas vizinhanças do imóvel. Com isso, o preço justo dos alugueres seria, no entender de José, R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais, ao invés dos R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) vigentes.

QUESTÃO: Como advogado de José, proponha a ação cabível para readequar o valor locatício. Considere que José é domiciliado em São Paulo, no bairro da Penha – local do imóvel –, ao passo que Juscelino é domiciliado em Campinas.

QUESTÕES PRÁTICAS

Questão nº 1

Sócrates recebeu, em pagamento de uma dívida, um cheque emitido por Platão e endossado por Aristófanos. O cheque foi emitido em 1o de janeiro de 2005 e foi apresentado para pagamento em 20 de janeiro do mesmo ano, na mesma praça em que emitido. No entanto, o título voltou sem fundos, tendo sido declarada essa condição pelo banco sacado. O cheque não foi levado a protesto no cartório competente.

Hoje, 23 de maio de 2005, pode Sócrates mover execução, com base no cheque, contra Aristófanos? Qual o fundamento legal?

Questão nº 2

A ação movida por Caio contra Tício baseava-se nos fatos "A", "B" e "C", constitutivos do direito de Caio. Em contestação, Tício negou a ocorrência do fato "A" e alegou a ocorrência do fato "D", impeditivo da existência do fato "B", mas nada disse quanto ao fato "C", cuja ocorrência a defesa implicitamente admitia. Em réplica, Caio reiterou

terem ocorrido os fatos "A" e "B".

De acordo com as regras gerais aplicáveis à matéria, sobre qual das partes recai o ônus da prova, relativamente a cada um dos fatos narrados?

Questão nº 3

Jacobino, acossado por seu credor Girondino, que ameaçava de mal maior a sua família caso não pagasse suas dívidas, viu-se obrigado a vender a este a casa onde residiam. Com o fruto da venda, pagou as dívidas, mas devido à pressão exercida pelo credor a transação deu-se por preço equivalente à metade do valor justo para o imóvel. Jacobino pode exercer algum direito perante Girondino, para recuperar a casa ou o valor pago? Com qual fundamento?

Questão nº 4

Arnaldo é casado com Lucrecia pelo regime de participação final nos aqüestos e possui um apartamento adquirido anteriormente ao casamento. Arnaldo deseja vender esse apartamento. É necessária a concordância de Lucrecia? Por quê?

DIREITO PENAL

PONTO 1

João, casado com Semprônia, foi denunciado como incurso nas penas dos arts. 213, "caput", e 217 do Código Penal, cada um deles combinado com o art. 226, inciso III, do mesmo diploma legal, em concurso material. Segundo a denúncia, João namorou Caia, virgem, de 15 anos de idade, por vários meses durante o primeiro semestre de 2004 e, aproveitando-se de sua inexperiência e iludindo-a com promessa de casamento, seduziu-a, conseguindo manter relações sexuais com ela. Ainda, aproveitando-se do fato de freqüentar a casa de Caia, em dia não esclarecido do mês de junho de 2004, mediante violência, João constrangeu a irmã de sua namorada, de nome Tícia, de 21 anos de idade, a manter com ele conjunção carnal, vindo a vítima a sofrer lesões corporais de natureza leve. Na delegacia, Tícia, em relação ao fato de que foi vítima, e seus pais, quanto ao fato em que Caia foi vítima, apresentaram representação e comprovaram ser pessoas pobres. Foram ouvidos o acusado, que negou os fatos, e Caia, que confirmou ter sido vítima de sedução e afirmou ter sua irmã sido vítima de estupro. Tícia não foi localizada. João foi condenado pelo crime do art. 217 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, aumentado de $\frac{1}{4}$ em face da incidência do art. 226, III, do Código Penal, totalizando a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Foi também condenado pelo crime do art. 213, "caput", do Código Penal à pena de 6 (seis) anos, aumentada de quarta parte, totalizando a pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Foi fixado como regime de pena o integralmente fechado, em razão de ser hediondo o crime de estupro. O acusado foi intimado da sentença no dia 04.05.05 e o advogado foi intimado no dia 19.05.05.

QUESTÃO: Como advogado de João, redija a peça processual mais adequada à sua defesa.

PONTO 2

João, já condenado por crime contra a honra em sentença transitada em julgado praticado contra Antonio, foi acusado, mediante queixa, de ter caluniado e injuriado Alfredo, porque, no dia 02.08.04, na presença de dois funcionários da loja na qual Alfredo trabalhava, chamou-o de "ladrão", afirmando, ainda, que ele teria se apropriado de valores recebidos de clientes da loja. O fato chegou ao conhecimento de Alfredo no dia 12.09.2004, quando este requereu a instauração de inquérito para serem ouvidas as testemunhas do fato. Antes de encerrado o inquérito e serem ouvidas as testemunhas, o advogado de Alfredo ingressou com a queixa-crime no dia 02.02.05, protestando pela posterior juntada dos autos de inquérito. Posteriormente, no dia 20.04.05, foram juntados os autos de inquérito policial com os depoimentos das testemunhas ouvidas pela autoridade policial nos dias 12.03.05 e 13.03.05, respectivamente. O Ministério Público se manifestou favoravelmente ao recebimento da queixa, a qual foi recebida pelo juiz de direito no dia seguinte.

QUESTÃO: Como advogado de João, redija a peça processual mais adequada à sua defesa.

PONTO 3

João foi condenado por crime de roubo qualificado pelo emprego de arma às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa, fixada em seus patamares mínimos. Levou o juiz em conta na aplicação da pena mínima, entre outras circunstâncias, a atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, do Código Penal, bem como o fato de o prejuízo sofrido pela vítima ter sido de pequena monta. O processo foi anulado em sede de revisão criminal por vício de citação. Renovada a instrução, apurou-se que o acusado era, na verdade, maior de 21 (vinte e um) anos à época do fato e que o prejuízo da vítima era bem mais elevado do que o inicialmente apurado. Superadas as fases

dos arts. 499 e 500 do CPP, o juiz proferiu sentença condenando João às penas de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 10 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa fixado em um trigésimo do salário mínimo vigente. O juiz fixou a pena privativa de liberdade acima do mínimo, em uma única operação, em face das consequências graves do crime e, ainda, porque se provou ser o réu reincidente e não lhe beneficiar nenhuma atenuante.

QUESTÃO: Como advogado de João, redija a peça processual mais adequada à sua defesa.

QUESTÕES PRÁTICAS

Questão nº 1

Pode, durante o processamento de recurso especial, ser iniciado o cumprimento de pena privativa de liberdade ou de pena restritiva de direito aplicada a acusado que respondeu o processo em liberdade?

Justifique. Considere, separadamente, as hipóteses de pena privativa e de pena restritiva.

Questão nº 2

O Promotor de Justiça requereu arquivamento do inquérito policial porque, em face das circunstâncias objetivas e subjetivas ligadas ao fato e ao agente, a pena aplicável levaria à prescrição retroativa.

Como deve o juiz agir em face do requerimento formulado? Indique, se for o caso, as alternativas possíveis para o juiz em face das orientações divergentes a respeito do assunto.

Questão nº 3

Como deve proceder o juiz, na aplicação da pena, em caso de concurso de causas de aumento? E em caso de concurso de causas de diminuição? Justifique.

Questão nº 4

O Brasil adotava o sistema do duplo binário.

O que significa a adoção desse sistema? Qual sistema o substituiu e qual o seu significado?

DIREITO DO TRABALHO

PONTO 1

Sentença transitada em julgado, em sua parte dispositiva, condena o reclamado nos seguintes termos: "...Isto posto, julgo procedente o pedido, para condenar o reclamado a pagar ao reclamante o que se apurar em liquidação de sentença a título de adicional de insalubridade, com reflexo em férias, décimo-terceiro salário e FGTS, acrescido de multa de 40%..." Iniciado o processo de execução, o reclamante apresenta cálculos de liquidação no valor de R\$ 15.000,00, a título de adicional de insalubridade, com reflexo em férias, décimo-terceiro salário, aviso prévio, repouso semanal remunerado e FGTS, acrescido de multa de 40%. Os cálculos feitos pelo reclamante estão corretos e o juízo, em consequência, determina, de plano, a citação do reclamado, para pagamento, fazendo-se, a seguir, a penhora, em dinheiro, do valor cobrado.

QUESTÃO: Apresente, como advogado do reclamado, a medida processual adequada na hipótese, com indicação do fundamento legal para a medida escolhida e do fundamento legal para a alegação a ser nela apresentada.

PONTO 2

Ajuizada ação rescisória, o relator designado, considerando não haver sido juntada à petição inicial, certidão de trânsito em julgado da decisão rescindenda, indefere liminarmente o pedido.

QUESTÃO: Apresente, como advogado do autor, a medida processual adequada, com indicação da linha de argumentação a ser desenvolvida.

PONTO 3

Profere o Tribunal Regional do Trabalho acórdão em recurso ordinário em que, depois de analisar as provas produzidas em audiência e interpretar o teor de cláusula do contrato de trabalho, condena empregado a ressarcir empregador pelos prejuízos causados por conta de destruição de equipamento de trabalho, com juros e correção monetária.

QUESTÃO: Como advogado do empregado, apresente a medida processual adequada.

QUESTÕES PRÁTICAS

Questão nº 1

A quem cabe pagar as custas quando a ação trabalhista ajuizada pelo empregado em face do empregador é julgada parcialmente procedente? Justifique sua resposta.

Questão nº 2

É possível alterar norma interna da empresa que estabelece até 15 minutos de tolerância em relação ao horário de trabalho, a fim de estabelecer padrão mais rigoroso, de tolerância de somente 10 minutos, tendo em conta o que dispõe o art. 58, § 1o, da CLT? Justifique sua resposta.

Questão nº 3

Advogado empregado, eleito dirigente do Sindicato dos Advogados, pode ser dispensado sem justa causa da Faculdade de Direito em que, como professor, leciona prática forense? Por quê?

Questão nº 4

O empregado que, contratado como garçom, recebe mensalmente gorjetas em montante correspondente a não menos do que R\$ 1.000,00 pode ainda cobrar de seu empregador o pagamento do salário mínimo? Justifique sua resposta.

DIREITO TRIBUTÁRIO

PONTO 1

Em sede de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Fiscais da Comarca de São Paulo, a Distribuidora Igreji Ltda. foi surpreendida, na última sexta-feira, por o Juiz de Direito haver determinado a expedição de ofício ao Banco Central, requisitando informações sobre a existência de ativos financeiros em nome da executada, com o bloqueio e transferência, em caso positivo, das quantias ou importâncias depositadas até o limite do débito exequendo. A referida ordem foi dada não obstante a existência de penhora, no próprio processo, de bens imóveis na Capital, acolhendo manifestação da Exequente. Com efeito, esta informou nos autos que quando aceitara a primeira penhora, não havia notícia de que os referidos bens não despertariam o interesse de eventuais arrematantes, inexistindo razão para procurar outros bens já que é notório que a atividade da Executada implica grande movimentação financeira, permitindo rápida e eficaz garantia do crédito tributário. Ademais, segundo se argumenta na decisão, ao nosso ordenamento não arrepia a penhora de faturamento, em tudo semelhante ao bloqueio de contas bancárias, exceto pelos entraves burocráticos que a primeira impõe. A referida Distribuidora depende de recursos financeiros para a sua atividade, já não dispendo de crédito na praça.

QUESTÃO: Na qualidade de advogado da Distribuidora Igreji Ltda., tome a medida judicial cabível para permitir que ela possa movimentar livremente seus recursos.

PONTO 2

A Telecelular S/A, sediada na Capital do Estado de São Paulo, onde opera serviços de telefonia móvel, impetrou Mandado de Segurança preventivo, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a não ser constrangida ao pagamento de ICMS sobre o valor cobrado de seus assinantes a título de habilitação do aparelho móvel celular, baseando-se no Convênio ICMS no 69/98, que dispõe a esse respeito. O acórdão recentemente proferido pelo Tribunal denegou a ordem, alegando que o legislador ordinário pode definir prestação de serviços de comunicação, para efeitos tributários, e o Secretário de Estado da Fazenda, executor da política tributária e financeira do Estado, pode determinar a imposição tributária em relação ao fato gerador estabelecido no Convênio ICMS no 69/98. Além disso a definição de serviços de telecomunicações (art. 60, Lei no 9.472/97) não impede a compreensão da habilitação como uma de suas modalidades, se o respectivo serviço é justamente o conjunto de atividades que possibilitam a respectiva oferta. Ademais, não há razão para não se dar à habilitação o tratamento tributário dos serviços de comunicação a ela relacionados.

QUESTÃO: Na qualidade de advogado da Telecelular S/A, apresente o recurso cabível contra a decisão, com os fundamentos jurídicos para sustentar a não incidência do ICMS sobre a taxa de habilitação dos aparelhos móveis celulares.

PONTO 3

A Cooperativa Mista Dos Produtores Rurais Do Estado De São Paulo impetrou ação anulatória de débito em que contende com a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na qual buscava o cancelamento de crédito tributário

decorrente de auto de infração lavrado em seu desfavor, por transportar 12.300 kg. de queijo prato, com o acobertamento de nota fiscal de valor aquém da pauta mínima estabelecida na região. O Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Aviado recurso de apelação, o Tribunal a quo manteve a sentença, em Acórdão publicado há dez dias, argumentando que:

- a) "Ocorrendo o fato gerador na saída da mercadoria, a base imponible (base de cálculo), a ser considerada, é a existente quando da aludida saída. Se tal base de cálculo for inferior à da pauta de valores já vigente, é possível sua aplicação";
- b) "O art. 148 do CTN, bem como os artigos 2o, II, do Decreto-lei no 406/1968 e 8o, I, do Convênio ICMS 66/88 possibilitam ao Fisco valer-se de arbitramento para estabelecer valores";
- c) "Há previsão legal no Estado de São Paulo para a utilização de pauta de valores, podendo o Fisco valer-se dela sempre que o preço declarado pelo contribuinte for consideravelmente inferior ao de mercado";
- d) "Não há qualquer incompatibilidade das pautas com a CF/88, pois sua utilização não importa em aumento de tributo (art. 97, I, do CTN), mas, como já dito alhures, em adequação da base imponible sobre a qual incidirá a alíquota".

QUESTÃO: Na qualidade de advogado da Cooperativa, apresente o recurso cabível, visando à reforma do acórdão acima referido.

QUESTÕES PRÁTICAS

Questão nº 1

A Santa Casa de determinada localidade, entidade assistencial sem fins lucrativos, é detentora de um imóvel, na região central da cidade, no qual exerce atividade hospitalar a pessoas carentes, e explora parte de seu terreno como estacionamento, em benefício de suas finalidades. Para obter recursos de maior monta, promoveu campanha de rifas, dando ao vencedor o direito de uso do terreno do estacionamento, por um ano, sem qualquer ônus. O ganhador resolveu utilizar o referido terreno para estacionamento de seus familiares. No início do ano foi notificado pela Prefeitura Municipal para pagar o IPTU, sendo considerado contribuinte, na qualidade de possuidor do imóvel a título de direito de uso (art. 34 do CTN). É devido o IPTU nas circunstâncias relatadas? Fundamente a sua resposta.

Questão nº 2

O Armazém San Genaro Ltda. foi autuado em virtude de não haver recolhido ICMS sobre reajuste de preço, em venda interestadual, ocorrido após a remessa das mercadorias. Em sua defesa, alegou o contribuinte que o reajuste de preço foi acertado com seu cliente após a saída da mercadoria e até mesmo depois de a mercadoria ter entrado no estabelecimento destinatário, sendo, pois, fato posterior ao surgimento da obrigação tributária. Segundo o contribuinte, o valor do reajuste poderia estar sujeito à tributação no Estado onde já se encontrava a mercadoria por ocasião do pagamento do reajuste. Procedem os argumentos do contribuinte? Por quê?

Questão nº 3

Dois professores de inglês cobram de seus alunos valores idênticos. Nenhum deles possui dependentes nem efetua gastos com previdência social ou educação. Cada um deles possui cinco alunos e recebe, de cada aluno, a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Um deles ministra aulas a cinco pessoas físicas diferentes, enquanto o outro é contratado por cinco pessoas jurídicas diversas, para dar aulas aos respectivos diretores presidentes. No final de cada mês, eles constatarem que um deles possui maior recurso em caixa, depois de atendidas as obrigações tributárias do mês, que o outro. Identifique qual dos contribuintes possui maior recurso em caixa, explicando a diferença.

Questão nº 4

A AUTOLÁ S/A, sociedade que se dedica ao comércio de automóveis tem o capital social detido, em iguais proporções, por:

- (i) pessoa jurídica sediada no País, tributada pelo lucro real e cujo faturamento anual é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e
- (ii) por sociedade residente em país com tributação favorecida (paraíso fiscal). No ano base de 2004, a AUTOLÁ S/A pagou o imposto de renda pela sistemática de tributação do lucro real, apresentando no respectivo ano faturamento de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais). As receitas da sociedade decorrem exclusivamente do comércio de automóveis no País. No início do ano de 2005, a AUTOLÁ S/A pretende analisar a alteração dessa sistemática com o fim de pagar menos IR e consulta-o a respeito da tributação pelo lucro presumido. Exclusivamente do ponto de vista da legislação do imposto de renda, é possível a opção pelo lucro presumido?

GABARITO 2ª FASE

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SECÇÃO DE SÃO PAULO
126º EXAME DE ORDEM
GABARITOS**

CIVIL

PONTO Nº 1

Apelação, dirigida ao juiz da 56ª Vara Cível Central de São Paulo. A peça deverá levar em conta que o feito tramitou sob o rito sumário (CPC, art. 275, II, d). No mérito, o recurso deverá invocar a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Tendo transcorrido mais da metade do prazo anterior, é ainda este que deve ser aplicado. O pedido recursal deverá ainda mencionar a necessidade de prolação de nova sentença.

PONTO Nº 2

Propositura de medida cautelar incidental de arresto, com fundamento no art. 813, III, do Código de Processo Civil. A ação deverá ser proposta diretamente no Tribunal de Justiça de São Paulo (CPC, art. 800, parágrafo único) e endereçada ao seu Presidente, na falta de relator designado. O candidato deverá argüir a existência dos pressupostos da ação cautelar, quais sejam, o fumes boni iuris representado pela sentença condenatória, ainda que pendente de recurso (CPC, art. 814, parágrafo único), e o periculum in mora representado pela necessidade de obstar as alienações dos imóveis antes de consumadas.

PONTO Nº 3

Propositura de ação revisional de aluguel, pelo rito sumário e observados os requisitos dos arts. 68 e seguintes da Lei nº 8.245/91. A ação deverá ser proposta perante alguma das varas cíveis do foro regional da Penha.

CIVIL - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - Sim, porque o cheque foi apresentado no prazo devido (Lei nº 7.357/85, art. 33) e não prescreveu (art. 59). Além disso, a declaração do banco de que o cheque não tem fundos faz as vezes do protesto necessário para a execução do endossante (art. 47, II, e §1º).

QUESTÃO 02 - Caio deverá comprovar os fatos "A" e "B", que restaram controvertidos por Tício (CPC, art. 333, I). Este, por sua vez, deverá comprovar o fato impeditivo "D" (CPC, art. 333, II). Nenhuma prova deverá ser produzida relativamente ao fato "C", pois ele é incontroverso (CPC, art. 334, III).

QUESTÃO 03 - O contrato de compra e venda pode ser anulado por lesão (Código Civil, art. 157), em razão da desproporção entre as prestações e do estado de premente necessidade que levou Jacobino a vender o imóvel. Eventualmente, poderá Jacobino receber a complementação do valor justo (CC, art. 157, §2º).

QUESTÃO 04 - Sim. Apesar de a administração dos bens próprios competir isoladamente ao cônjuge, a alienação de bens imóveis depende da vênia conjugal (CC, arts. 1.647, I, e 1.673, parágrafo único).

PENAL

PONTO 1

Apelação.

Endereçamento -Tribunal de Justiça.

Pedidos e fundamentos - Absolvição por ausência de provas em relação ao crime de estupro. Quanto à sedução, aboltio criminis em razão da supressão do delito previsto no art. 217 do CP, pela Lei 11.106, de 2005. Subsidiariamente, no tocante ao estupro, afastamento da causa de aumento prevista no art. 226, inciso III, do CP, também em face da lei acima referida.

PONTO 2

Habeas corpus.

Endereçamento -Tribunal de Justiça.

Pedidos e fundamentos -Nulidade do processo em face da não designação de audiência para tentativa de conciliação (art. 520 do CPP). Ausência de justa causa no momento da propositura da queixa, uma vez que as testemunhas foram ouvidas e os autos de inquérito foram juntados ao processo quando já operada a decadência do direito de queixa (art. 38, caput, do CPP).

PONTO 3

Apelação. Habeas corpus.

Endereçamento -Tribunal de Justiça.

Pedido e fundamento - Redução da pena em face da impossibilidade de agravamento, o que representou reformatio in pejus indireta.

PENAL - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 1 - Pena restritiva de direitos - Não pode, segundo orientação do STJ e do STF, em face do artigo 147 da Lei de Execução Penal. Há, contudo, orientação jurisprudencial minoritária em sentido contrário, sustentando que o recurso especial não tem efeito suspensivo.

Pena privativa de liberdade - Não pode, segundo orientação doutrinária e em parte da jurisprudência, por ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, que exige ser toda prisão cautelar. Pode, conforme orientação do STF e do STJ, porque o recurso especial não tem efeito suspensivo e não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

QUESTÃO 2 - Primeira alternativa - Encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP), sustentando o não cabimento do arquivamento em face de provável prescrição pela pena em concreto, porque esta depende da sentença e não está prevista no direito brasileiro.

Segunda alternativa - Determina o arquivamento do inquérito policial, admitindo falta de interesse de agir pela provável prescrição da pena em concreto.

QUESTÃO 3 - Concurso de causas de aumento. Primeira possibilidade é a de o juiz aplicar somente a mais ampla. A outra possibilidade, de aplicar as diversas causas de aumento, depende da orientação adotada. Conforme uma orientação, os aumentos são sempre aplicados sobre a pena-base. Por outra orientação, aplicado o primeiro aumento, os outros incidirão sobre a pena já acrescida.

Concurso de causas de diminuição. Primeira possibilidade é a de o juiz aplicar somente a mais ampla. A outra possibilidade, de aplicar as diversas causas de diminuição, depende da orientação adotada. Conforme uma orientação, as diminuições são sempre aplicadas sobre a pena-base. Por outra orientação, aplicada a primeira diminuição, as outras incidirão sobre a pena já diminuída.

Há quem sustente que se deve adotar critérios diversos. No concurso de causas de diminuição, feita a primeira redução, as demais incidiriam sobre a pena já diminuída, para evitar a pena "zero". Todavia, no concurso de causas de aumento, seria adotado outro critério, o de todos os acréscimos incidirem sobre a pena-base, porque mais favorável ao acusado.

QUESTÃO 4 - Segundo o sistema do duplo binário, vigente antes da Reforma Penal de 1984, o juiz podia aplicar pena e medida de segurança. O sistema que o substituiu foi o vicariante, o qual veda a aplicação conjunta de pena e de medida de segurança.

TRABALHO

PONTO Nº 1

A medida processual a ser apresentada corresponde aos embargos à execução. O fundamento legal para o seu cabimento corresponde ao art. 884, caput, da CLT. A alegação a ser feita nos embargos envolve o fato de a execução não ter observado o título executivo, diante da inclusão, no cálculo, de parcelas não deferidas, correspondentes a reflexos do adicional de insalubridade em aviso prévio e repouso semanal remunerado, em desacordo com o disposto no art. 879, § 1º, da CLT.

PONTO Nº 2

A medida processual adequada corresponde ao agravo regimental, para que a decisão do relator fique sujeita ao exame do órgão competente para julgamento da rescisória. A linha de argumentação a ser utilizada envolve a alegação de que a deficiência da petição inicial, quando passível de correção, não pode levar ao indeferimento do pedido sem que antes se dê ao autor oportunidade para retificação da postulação, nos termos do art. 284, do CPC, e da Súmula 299, do Tribunal Superior do Trabalho.

PONTO Nº 3

A medida processual adequada corresponde ao recurso de revista, a ser interposto com fundamento no art. 896, alínea "a", da CLT, diante da divergência do acórdão com o que dispõe a Súmula 187, do Tribunal Superior do Trabalho.

TRABALHO - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - As custas devem ser pagas apenas pelo empregador, pois no processo do trabalho não há sucumbência recíproca. Acolhido algum pedido, vencido é o empregador, que arca integralmente com as custas processuais.

QUESTÃO 02 - Sim. O empregador, como titular do poder diretivo, pode estabelecer os parâmetros para a prestação de serviço, observadas as regras mínimas sobre proteção do trabalho. A alteração das condições de trabalho, no entanto, não pode prejudicar os empregados com contrato em vigor, nos termos do art. 468, da CLT. Assim, as novas regras aplicam-se apenas aos empregados admitidos depois de sua edição, permanecendo os empregados admitidos antes sujeitos aos antigos critérios, mais tolerantes, nos termos da Súmula 51, do Tribunal Superior do Trabalho.

QUESTÃO 03 - Sim, pois a estabilidade relacionada com exercício de cargo sindical favorece apenas o trabalhador que exerce a atividade respectiva na empresa.

QUESTÃO 04 - Sim. As gorjetas integram a remuneração, mas não o salário. Este é sempre devido pelo empregador, garantido o pagamento pelo menos do salário mínimo.

TRIBUTÁRIO

PONTO 01

Medida Judicial cabível: Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Alternativamente: Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar, perante o mesmo Tribunal. No primeiro caso, a agravada é a Fazenda Pública do Estado de São Paulo; no segundo, apontar ato coator do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Fiscais da Comarca de São Paulo.

PONTO Nº 02

Medida Judicial Cabível: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, b, da Constituição Federal)

Mérito:

(1) inexistência de prestação de serviço no mero ato de habilitação: o ICMS pressupõe a efetiva prestação do serviço de comunicações, o que incorre quando da mera disponibilização do serviço ao usuário

(2) proibição de analogia gravosa em matéria tributária (art. 108, § 1º do CTN), que impede a extensão do tratamento tributário dado aos serviços de comunicação à habilitação que os precede.

(3) a definição de prestação de serviços de comunicação não pode ser alterada exclusivamente para fins tributários, já que se trata de conceito empregado para a demarcação de competências tributárias (art. 110 do CTN).

Precedente: STJ, Recurso Ordinário em MS 11.368-MT, Relator Ministro Francisco Falcão (DJU 9.2.2005)

PONTO Nº 3

Medida Judicial Cabível: Recurso Especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça

Mérito:

- (1) violação do art. 97 do CTN, já que somente a lei pode fixar a base de cálculo do tributo.
- (2) Violação do art. 148 do CTN, já que o arbitramento pressupõe processo regular, incompatível com o regime de pauta de valores mínimos; ademais, nos termos do mesmo dispositivo, a autoridade administrativa pode valer-se do arbitramento somente quando não merecer fé ou for omissa a declaração do contribuinte.

TRIBUTÁRIO - QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01 - Não é devido o IPTU, tendo em vista que a Santa Casa é imune ao imposto (art. 150, VI, "c" da Constituição Federal). No caso, ficou evidente que a exploração do imóvel estava relacionada com a obtenção de recursos para a própria Santa Casa atingir sua finalidade, afastando-se, daí, o § 4º do mesmo art. 150 CF). Sendo o IPTU um imposto sobre a propriedade, a indicação de um possuidor como contribuinte apenas é possível se a posse se faz com animus dominis. A posse por um contrato de uso, com prazo determinado, não caracteriza aquele animus.

QUESTÃO 02 - O argumento do contribuinte não procede. O § 5º do art. 13 da Lei Complementar 87/96 é claro ao dispor: Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos de contribuintes diferentes, caso haja reajuste do valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.

QUESTÃO 03 - O contribuinte que ministra aulas a pessoas jurídicas terá maior recurso em caixa, já que está sujeito à retenção na fonte, em separado, pelas pessoas jurídicas envolvidas. Sendo cinco pessoas jurídicas, cada uma adotará a base de cálculo de R\$ 1.000,00, recaindo, pois, na faixa de isenção e não havendo imposto a recolher. Já aquele contribuinte que presta serviços a pessoas físicas sujeita-se ao Recolhimento Mensal Obrigatório (carnê-leão), adotando a base de cálculo de R\$ 5.000,00 a cada mês, sujeitando-se, daí, ao recolhimento do imposto, na tabela progressiva, que chega a 27,5%

QUESTÃO 04 - Observado o limite de faturamento, no ano anterior, inferior a R\$ 48.000.000,00, não há óbice à opção pelo lucro presumido. A atividade descrita não afasta a opção, nem tampouco a circunstância de seus sócios serem pessoa jurídica com faturamento superior àquele montante ou residente em paraíso fiscal.