

[Voltar](#)

## OAB - SP - 112º EXAME DA ORDEM

### 2ª FASE

#### GABARITO

### Direito Civil

#### **PONTO 1**

Leonel e sua mulher Maria, domiciliados no bairro de Pinheiros, em São Paulo, adquiriram, há dez anos, um terreno com 40.000 m<sup>2</sup>, no bairro de Itaquera, na mesma cidade. Nesse período o imóvel foi alugado duas vezes, mas hoje encontra-se vazio há seis meses, época em que a última locação foi desfeita e o imóvel devolvido aos proprietários. Há cerca de quinze dias um vizinho do imóvel telefonou para Leonel, noticiando que o terreno fora parcialmente invadido por Sólton, que ali construiu um campo de futebol, um vestiário e um pequeno bar, ocupando aproximadamente 3.000 m<sup>2</sup>. Convencido de que o imóvel pertence à Prefeitura, Sólton se recusa a desocupá-lo.

**QUESTÃO:** *Proponha, como advogado dos proprietários, a medida judicial pertinente, visando à desocupação do imóvel.*

#### **PONTO 2**

Orlando, domiciliado em São Paulo, no bairro do Tucuruvi, é proprietário de um imóvel rural, localizado na Comarca de Limeira, onde explora atividade agropecuária. Um dos imóveis rurais lindeiros foi comprado, recentemente, por Romário, também domiciliado em São Paulo, no bairro de Santo Amaro, o qual, tão logo tomou posse do imóvel por ele adquirido, começou a realizar, exatamente na divisa com Orlando, um vultoso aterro. Os antigos marcos divisórios foram soterrados, assim como antigas árvores existentes no local praticamente desapareceram sob a terra. E, pior, o aterro feito por Romário alterou o limite entre os dois imóveis, pois acabou modificando o curso de um pequeno rio que lhes servia de divisa.

Orlando propôs, no juízo competente, uma ação demarcatória com queixa de esbulho, formulando pedido de antecipação parcial da tutela para evitar que as obras prosseguissem. Pretendia, com tal requerimento, interromper a ampliação do aterro e impedir que a terra movimentada pelo vizinho avançasse ainda mais sobre a área de seu imóvel. No despacho inicial, foi ordenada a citação do réu, mas a antecipação da tutela foi negada, uma vez que não vislumbrou, o magistrado, perigo de dano irreparável, assim como sustentou ser dúbida a verossimilhança do direito do autor.

**QUESTÃO:** *Como advogado do autor da ação, atue no interesse do cliente.*

#### **PONTO 3**

Antônio é credor de Benedito, pelo valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), por força de contrato de mútuo celebrado há 30 (trinta) dias e com vencimento no próximo dia 30. Sabe-se que Benedito, que reside na Comarca de Santos - SP, tenciona mudar de Estado e está oferecendo à venda seus bens. Antônio, inclusive, teve acesso a uma proposta de venda escrita, em que Benedito oferece a Caio um de seus imóveis, localizado na Comarca de Guarujá - SP, pelo valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Ao que consta, esse imóvel é o bem de maior valor de Benedito e a venda pode comprometer sua solvabilidade. Além disso, seu valor real de mercado deve superar R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

**QUESTÃO:** *Como advogado de Antônio, exerça o instrumento judicial adequado para inibir a dilapidação do patrimônio de Benedito e assegurar o recebimento do crédito decorrente do mútuo. Considere, para tanto, que o contrato de mútuo foi devidamente formalizado.*

## QUESTÕES PRÁTICAS

- 1 -** *Antônio propõe ação reivindicatória contra Benedito, que a contesta, sustentando ser o imóvel reivindicado de sua propriedade. Carlos, que não é parte no feito, se considera titular do domínio desse mesmo imóvel. Desejando intervir no processo, qual a forma correta de fazê-lo, ou seja, qual das modalidades de intervenção de terceiro deverá manejar para fazer valer o direito que alega ter?*
- 2 -** *A empresa ABC Ltda. prestou fiança em contrato de compra e venda a prazo. Após a entrega da mercadoria, o comprador não realizou o pagamento das parcelas vincendas do preço, no tempo e modo devidos. No bojo da cobrança extrajudicial do débito, devedor e comprador compuseram-se amigavelmente, pactuando novamente a dívida. No acordo, do qual não participou a empresa fiadora, estipulou-se a incidência de multa e juros mais onerosos do que os inicialmente pactuados. Em seguida, o comprador voltou a tornar-se inadimplente. O vendedor direcionou então a cobrança do novo saldo devedor contra a empresa fiadora. Considerando que a fiança foi prestada em caráter solidário, há algum fundamento jurídico para que a ABC Ltda. se exima do pagamento do referido débito?*
- 3 -** *João sofreu, em junho de 1995, acidente de trabalho, coberto por seguro celebrado com a "Holofote Companhia Nacional de Seguros". Após regular cientificação da seguradora, no mesmo mês, João submeteu-se, a requerimento desta, a diversos exames médicos para verificar a real extensão dos danos indenizáveis. A seguradora, em seguida, passou a exigir diversos documentos, o que gerou intensa troca de correspondências, sem que a seguradora se posicionasse definitivamente quanto ao pagamento da indenização. Os últimos documentos foram enviados por João em março de 1999 e, após isso, a seguradora respondeu-lhe negando o pedido, pois a indenização já estaria prescrita. João, preocupado com a sua situação, questiona-lhe se ainda há tempo hábil para a propositura de ação contra a seguradora, ou se já transcorreu o prazo prescricional.*
- 4 -** *Alberto, Benedito e Caio exploravam em conjunto uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sendo que o primeiro detinha 50% e os outros dois 25% do capital social, cada um. Alberto manifestou, de maneira irretroatável, seu interesse em deixar a sociedade, por razões de foro íntimo. De comum acordo, Alberto cedeu onerosamente a sua participação para os outros dois sócios, por valor estipulado com base no patrimônio e nas perspectivas de rentabilidade da sociedade naquele momento. Todavia, os cessionários Benedito e Caio ocultaram dolosamente de Alberto que já haviam conquistado novas oportunidades de negócios que aumentariam sobremaneira a rentabilidade da sociedade, bem como que haviam recebido proposta de um grupo estrangeiro, que estava firmemente interessado em adquirir o controle da empresa por valor muito superior ao que foi pago para Alberto. Logo após a formalização da cessão das quotas de Alberto, os sócios remanescentes venderam suas participações para o terceiro interessado. Ao saber da articulação feita em seu prejuízo, Alberto indaga-lhe se teria direito de participar do benefício econômico decorrente da venda das quotas ao adquirente estrangeiro. Em caso afirmativo, qual seria o fundamento da indenização? Seria anulável a cessão das quotas realizada por Alberto? Por quê?*

## Direito Penal

### **PONTO 1**

Protágoras encontra-se preso há 18 dias em virtude de auto da prisão em flagrante, lavrado por infração ao artigo 250, parágrafo 1º, inciso I, do Código Penal. O laudo do instituto de criminalística ainda não foi elaborado, estando o inquérito policial aguardando a sua feitura. O juízo competente, que se encontra na posse da cópia do auto da prisão em flagrante, indeferiu o pedido de relaxamento desta, por excesso de prazo, sob o fundamento de que a gravidade do fato impõe a segregação de Protágoras.

**QUESTÃO:** *Com o objetivo de conseguir a liberdade de Protágoras, elabore a peça profissional condizente.*

### **PONTO 2**

Cleóbulo, soldado da Polícia Militar, após cumprir seu turno de trabalho, dirigindo-se para o ponto de ônibus, deparou-se com um estranho grupo de pessoas em volta de um veículo, percebendo que ali ocorria um roubo e que um dos elementos mantinha uma senhora sob a mira de um revólver. Aproximando-se por trás do meliante, sem ser notado, desferiu-lhe quatro tiros com sua arma particular, vindo este a falecer no local. Os outros dois elementos que participavam do roubo, evadiram-se.

Cleóbulo foi processado e, a final, absolvido sumariamente em primeiro grau, pois a r. decisão judicial reconheceu que o policial agira no cumprimento do dever de polícia (artigo 23, inciso III, 1ª parte, Código Penal).

Inconformado, o Ministério Público recorreu pleiteando a reforma da r. decisão. Para tanto alega, em síntese, que o policial estava fora de serviço e que houve excesso no revide, eis que Cleóbulo, disparando quatro tiros do seu revólver, praticamente descarregou-o, pois a arma possuía, ao todo, seis balas.

**QUESTÃO:** *Na condição de advogado de Cleóbulo, apresente a peça pertinente.*

### **PONTO 3**

Quílon, por ter furtado um toca-fitas de um veículo que estava aberto e estacionado na via pública, fato ocorrido no dia 17 de janeiro de 1999, no bairro da Penha, tendo agido sozinho, foi condenado pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital à pena de 1 (um) ano de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, em regime fechado, já transitada em julgado. Também por furto de um toca-fitas, por delito perpetrado no dia 18 de janeiro de 1999, no mesmo bairro e mesmas condições que o delito anterior, foi condenado, de modo irrecorrível, pelo Meritíssimo Juiz da 2ª Vara Criminal da Capital à pena de 1 (um) ano de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, em regime fechado. Quílon encontra-se recolhido na Penitenciária do Estado de São Paulo em virtude de ostentar outras condenações por delitos diversos. Em fase de execução de sentença, por intermédio de Advogado, Quílon requereu a unificação de penas relativa aos delitos de furto ocorridos nos dias 17 e 18 de janeiro de 1999, indeferida pelo Meritíssimo Juiz sob o argumento de que os

crimes são graves.

**QUESTÃO:** *Como advogado de Quílon, hoje intimado, adote a medida judicial cabível.*

### Questões Práticas

- 1 - *Qual a infração penal praticada por um indivíduo que faz uso de seu revólver, legalmente registrado, disparando duas vezes em um estádio de futebol com grande número de pessoas?*
- 2 - *Quando da dosimetria da pena, por ocasião da prolação da sentença, o Magistrado fixou a pena-base do acusado acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes, por existir condenação anterior (CP, art. 59). Após isso, aumentou a reprimenda fixada em virtude da agravante da reincidência, por ostentar o réu aquela condenação anterior (CP, art. 61, I). Está correto tal procedimento? Fundamente.*
- 3 - *Manoel chega em casa, após o dia de trabalho, e sua mãe diz que policiais estiveram à sua procura, aduzindo ser ele a pessoa que roubou Maria. Imediatamente, Manoel dirige-se à Delegacia, com vistas a elucidar não ser ele o verdadeiro autor do delito. Neste momento, o Delegado de Polícia efetua sua prisão em flagrante delito para garantia da ordem pública. Quais os argumentos que podem ser invocados a favor de Manoel? Justifique.*
- 4 - *Em que crime estará incurso o agente que, propositalmente, interrompe fornecimento de força e luz em escola pública, com o intento de não serem realizadas na data prevista os exames finais do ano letivo?*

## DIREITO DO TRABALHO

### **PONTO 1**

Ao decidir embargos à execução interposto pela reclamada/executada, houve por bem o MM. Juiz do Trabalho de uma das Varas da Capital de São Paulo rejeitar os argumentos apresentados, especialmente no que tange à aplicação dos índices de correção monetária a partir do mês de competência e do ônus da sucumbência com relação aos honorários periciais. O laudo pericial homologado fixa o *quantum debeatur* em R\$ 15.000,00; os cálculos da empresa apontam o valor de R\$ 12.000,00. A conta de liquidação do autor indica o crédito de R\$ 30.000,00.

**QUESTÃO:** *Como advogado da executada, manipule o instituto judicial pertinente.*

### **PONTO 2**

Inconformado com a r. sentença de fl. que acolheu apenas parcialmente os pedidos relacionados na inicial, o reclamante interpôs Recurso Ordinário no prazo legal. Alegando não ter havido a comprovação do pagamento das custas processuais arbitradas em R\$ 50,00 (cinquenta reais), o MM. Juiz do Trabalho de uma das Varas da Capital de São Paulo denegou seguimento ao recurso.

**QUESTÃO:** *Como advogado do reclamante, acione a medida judicial cabível.*

### **PONTO 3**

"A" promoveu reclamação trabalhista contra a empresa "B", pleiteando equiparação salarial com o paradigma "C". A empresa "B", constatou o feito, alegando a existência de diferença de tempo de serviço superior a dois anos. Alegou ter sido o paradigma admitido em 25 de julho de 1990, como ajudante de mecânico, tendo sido promovido a mecânico em 10 de agosto de 1996, e o Reclamante em 19 de outubro de 1993, como ajudante de mecânico, tendo sido promovido a mecânico em 10 de agosto de 1996. A JCJ julgou procedente a Reclamação. Pela Reclamação foi interposto recurso ordinário, sob o mesmo fundamento da defesa, e o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, deu-lhe provimento, julgando improcedente a reclamatória.

**QUESTÃO:** *Como advogado de "A", aja na forma adequada à defesa dos direitos do constituinte.*

### **QUESTÕES PRATICAS**

- 1 -** *O empregado que tiver percebido da Previdência Social prestações de auxílio-doença por mais de 6 (seis) meses, ainda que descontínuos, no curso do período de aquisição, tem direito a férias? Como ficará o decurso do novo período aquisitivo após a alta médica? Explique e fundamente.*
- 2 -** *Em que condições poderão os Sindicatos celebrar Convenções Coletivas de Trabalho?*
- 3 -** *É possível a juntada de documentos em sede de recurso?*
- 4 -** *Quais as condições para que o ajuizamento de reclamação trabalhista seja submetido ao procedimento sumaríssimo?*

### **DIREITO TRIBUTÁRIO**

#### **PONTO 1**

A Virtual Ltda., localizada na cidade de São Paulo-SP, é empresa prestadora de serviços de acesso à rede mundial de computadores (provedora de internet) e nessa qualidade foi autuada e multada pelo Fisco Municipal, em razão do não recolhimento do Imposto Sobre Serviços - ISS relativo aos meses de janeiro a dezembro de 1999. De acordo com o auto de infração lavrado no mês de janeiro pp., seria de rigor o recolhimento do imposto sobre as receitas decorrentes das mensalidades pagas pelos associados, tendo em vista a previsão específica de tributação do serviço de acesso à internet na Lei Municipal nº 9.999 aprovada em 31 de dezembro de 1998. A empresa não apresentou defesa administrativa, mas ainda não foi executada

judicialmente.

**QUESTÃO:** *Considerando-se que o serviço em questão não consta da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, nem da Lei Complementar nº 56/87, adote, em nome da contribuinte, a medida judicial cabível para desconstituir o indigitado auto de infração e assegurar o direito do contribuinte de obter certidões de regularidade fiscal durante o trâmite da ação. Os objetivos deverão ser perseguidos em uma única ação.*

## PONTO 2

De acordo com a Lei nº 11.154/91 do Município de São Paulo, a alienação *inter vivos* de bem imóveis está sujeita à incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, a ser pago pelo adquirente. A cobrança do imposto é feita sob o regime de alíquotas progressivas de 2, 3, 4 e 6%, incidentes sobre as parcelas do preço divididas em faixas de valor em tabela específica.

Caio está adquirindo um bem imóvel situado no Município de São Paulo, cuja escritura deverá ser outorgada em 10 dias, ocasião em que, necessariamente, deverá apresentar a competente guia de recolhimento do imposto devidamente quitada.

Ciente de que o valor da operação supera o limite da menor faixa de valor, atraindo a incidência das alíquotas superiores a 2%, Caio impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra o Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias da Prefeitura do Município de São Paulo, para calcular e recolher o tributo à alíquota de 2% sobre o valor total da operação.

A medida liminar foi negada, sob o argumento de que o Município tem competência para definir a alíquota do imposto, inclusive no regime de alíquotas progressivas, tendo em vista o princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, §1º da Constituição Federal).

**QUESTÃO:** *Considerando que a decisão denegatória da medida liminar foi publicada na imprensa oficial há 5 (cinco) dias, adote a medida adequada para viabilizar a outorga da escritura de compra e venda do imóvel no prazo fixado, mediante o pagamento do ITBI pela menor alíquota.*

## PONTO 3

A sociedade "Almeirão e Filhos Ltda." tem por atividade principal a comercialização, no atacado, de material de limpeza. Há 20 (vinte) dias, foi intimada da lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que lhe aplicou penalidade por haver vendido mercadorias sem a emissão da correspondente nota fiscal de saída, cobrando-lhe ainda o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS correspondente. A "Almeirão e Filhos" sustenta que, na verdade, a venda daqueles produtos foi cancelada antes que houvesse a sua efetiva saída do estabelecimento comercial, mas que por problemas internos, o sistema informatizado de controle de estoque não registrou o cancelamento da operação, dando baixa dos produtos vendidos. Possui, para tanto, documentos que comprovam tanto a falha no sistema quanto a permanência dos produtos tidos como vendidos em seu estoque.

**QUESTÃO:** *Na qualidade de advogado da "Almeirão e Filhos Ltda.", tome a medida cabível para cancelar o Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado contra a empresa. Considere que a empresa tem sede em São Bernardo do Campo.*

## QUESTÕES PRÁTICAS

- 1** - *A sociedade "Feliz Ano Novo Indústria e Comércio Ltda." obteve, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, autorização para comercializar produtos com regime especial de recolhimento do ICMS, sendo-lhe dadas condições de cálculo e pagamento do tributo mais adequadas a sua atividade comercial. Em dezembro de 1999, a Secretaria da Fazenda cancelou, de ofício, o regime especial concedido à sociedade, que passou assim a se submeter às mesmas regras aplicáveis aos demais contribuintes. Em virtude desse fato, foi lavrado auto de infração contra a empresa, visando à cobrança de diversas multas por inobservância da legislação tributária no período de vigência do regime especial. Na qualidade de advogado da empresa, oriente-a quanto à linha de defesa possível neste caso.*
- 2** - *Em agosto de 1998, a sociedade "Sonho Meu Comércio de Alimentos Ltda." deixou de recolher a COFINS incidente sobre seu faturamento. A falta de recolhimento deveu-se ao fato de a empresa não haver declarado à Receita Federal parcela substancial de seu faturamento, correspondente ao chamado "caixa dois". A fiscalização detectou a omissão de declaração em março de 2000, após confrontar a movimentação bancária da sociedade, procedimento este que passou a ser permitido por lei promulgada em 1999. A sociedade pergunta-lhe se é possível que a fiscalização adote, para apurar o imposto devido, procedimento administrativo que não era permitido à época da ocorrência do fato gerador.*
- 3** - *A sociedade "Piso Maciço Revestimentos de Pisos e Paredes Ltda." tem por objeto social a venda de pisos de madeira para residências. No curso dessa atividade, também presta o serviço de colocação dos pisos vendidos, cobrando de seus clientes um preço único pela venda de mercadorias e pelo serviço prestado. Considerando-se que o serviço está compreendido na competência tributária dos Municípios e que a legislação respectiva é silente quanto à matéria, pergunta-se: na operação, incide apenas o ICMS, apenas o ISS ou ambos os impostos? Por quê?*
- 4** - *Ao consultá-lo sobre os valores que compõem a base de cálculo do PIS, seu cliente constatou que existe disposição que exclui da base de cálculo dessa contribuição os valores a título de ICMS "retido pelo contribuinte na condição de substituto tributário" (Lei nº 9.715/98, art. 3º, parágrafo único). Porém, seu cliente tem dúvida sobre o exato sentido dessa expressão. O que ela significa?*

[Topo](#)

**GABARITOS**

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO CIVIL**  
**GABARITOS**

## **PONTO 1**

Leonel e Maria devem propor ação de reintegração de posse contra Sólon, com pedido de concessão liminar da medida, justificando a posse nova decorrente da invasão ocorrida há cerca de quinze dias.

Deverá ser proposta no Foro Regional de Itaquera (ação de natureza real) e o valor da causa deve ser o do lançamento fiscal da PMSP, ou o correspondente a 1/3 (um terço) do valor do imóvel, sendo admitida, ainda, a redução desse valor à proporção da área realmente esbulhada, razão pela qual o examinando deverá justificar a solução adotada.

A ação tem fundamento nos artigos 499 e 506 do Código Civil e o seu processamento deverá ocorrer na forma dos artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil.

Na petição inicial os autores deverão provar a posse anterior (referindo-se aos contratos de locação mencionados no ponto), a perda da posse pelo esbulho praticado pelo réu (referindo-se a fotografias, à comunicação do fato à autoridade policial, etc.) e a data do esbulho (referindo-se, novamente, à última das locações, desfeita há menos de ano e dia e à própria comunicação do delito à autoridade policial).

O pedido deverá ser formulado no sentido de se obter a procedência da ação, mediante a confirmação da liminar e a reintegração dos autores, em caráter definitivo, na posse do imóvel, impondo ao réu o pagamento do ônus sucumbencial.

## **PONTO 2**

Deverá Orlando interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que negou a antecipação da tutela, requerendo seja tal recurso recebido com efeito suspensivo ativo, ou seja, pleiteando ao relator do agravo que determine a providência negada pelo despacho recorrido e sustentando que pode o relator conceder tutela antecipada ou cautelar, quando o agravo ataca decisões indeferitórias.

O recurso deverá ser interposto diretamente ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Seção de Direito Privado (Provimento nº 51, de 01.07.1998, DJE, Cad. I, Parte I, de 27.08.1998, item XIX), sendo dirigido ao seu Presidente.

Na petição de interposição do recurso deverá o examinando indicar os advogados que atuam no processo e os respectivos endereços (no caso, explicando que o réu pode ainda não ter contestado a ação, ou nem mesmo ter sido citado), assim como deverá, de forma articulada, expor os motivos de fato e de direito e formular pedido de reforma da decisão atacada, justificando suas razões.

O recurso independe de preparo, razão pela qual não deverá ser mencionado o recolhimento dessas custas. As peças de traslado necessário (art. 525, I, do Código de Processo Civil) e as de traslado útil deverão, igualmente, estar mencionadas na petição de interposição do recurso.

Nas razões do pedido de reforma da decisão, deverá o recorrente destacar a presença dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil), sustentando a verossimilhança do direito e o fundado receio de dano irreparável.

Justificando o pedido de concessão do efeito suspensivo ativo, fundamentado no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, deverá o recorrente destacar a probabilidade de admissão de seu pedido deduzido na petição inicial e a possibilidade de que venha a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, se não for concedida a antecipação da tutela.

### **PONTO 3**

O examinando deverá ajuizar Ação Cautelar de Arresto, com fundamento nos arts. 813, I e III do Código de Processo Civil, invocando a condição de credor de Antonio. Deverá requerer medida liminar, para que sejam expedidos os competentes mandados judiciais para os Cartórios de Registro de Imóveis, em que estejam matriculados os imóveis de titularidade de Benedito, registrando-se o arresto junto às respectivas matrículas, nos termos dos arts. 167, 5 e 239 da Lei de Registros Públicos. Deverá indicar como ação principal a de cobrança do crédito, que poderá adotar a via executiva. A ação deverá ser ajuizada na Comarca de Santos-SP.

## **112º EXAME DE ORDEM**

### **PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**

#### **DIREITO CIVIL**

#### **GABARTIOS - QUESTÕES**

**01** - Deverá manejar OPOSIÇÃO, nos exatos termos do artigo 56 do Código de Processo Civil.

**02** - Nos termos do art. 1503, I, do Código Civil, a ABC Ltda. não está obrigada a efetuar o pagamento, pois ficou desonerada da fiança, a partir do momento em que foi concedida moratória com novação das condições da obrigação, sem a sua prévia anuência.

**03** - O prazo prescricional para a cobrança de indenização decorrente de contrato de seguro é de um ano (art. 178, §6º, II, do Código Civil). Todavia, o prazo prescricional somente começa a fluir quando João possuir interesse de agir para propor ação contra a seguradora (princípio da *actio nata*), o que não fica caracterizado enquanto as negociações prosseguem. Nesse sentido, aplica-se a Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça ("*o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*").

**04** - A cessão das quotas de Alberto não seria anulável, porque a iniciativa daquele ato jurídico foi dele. Vale dizer, a realização do ato não foi determinada pelo dolo perpetrado pelos cessionários. Todavia o valor da transação certamente teria sido maior, caso o cedente soubesse da proposta de aquisição do controle da sociedade. Ou seja, a despeito do dolo o ato teria sido praticado, embora em condições mais vantajosas para o cedente. Trata-se de hipótese de dolo accidental, que se resolve em perdas e danos, nos termos do art. 93 do Código Civil.

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO PENAL**  
**GABARITOS**

**PONTO 1**

"Habeas Corpus" ao Tribunal de Justiça, uma vez que sofre coação ilegal por desrespeito ao artigo 10 do Código de Processo Penal em evidente excesso de prazo.

**PONTO 2**

- a) **CONTRA-RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO;**
- b) Órgão competente: Tribunal de Justiça;
- c) Fundamento: artigo 581, inciso VI do Código de Processo Penal.

O advogado de João da Silva deverá requerer a juntada das Contra-Razões de Recurso em Sentido Estrito ao Juiz Auxiliar da Vara do do Júri, requerendo a manutenção da decisão. Caso seja outro o entendimento, a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça, pois trata-se de crime doloso contra a vida. Deve-se requerer improvimento ao recurso ministerial e a conseqüente manutenção, em inteiro teor, da R. decisão de 1º grau. A argumentação pode fundamentar-se,

entre outras, na prova, alegando-se que o acusado, mesmo sem farda e fora de serviço, está investido na condição de policial, treinado para a proteção da sociedade.

### **PONTO 3**

O artigo 71 do Código Penal é claro ao especificar quais são os requisitos para a unificação de penas: **pluralidade de ações** (foram dois crimes), **crimes da mesma espécie** (furto simples), **condições de tempo** (menos de 30 dias entre um delito e outro), **lugar** (no bairro da Penha), **maneira de execução** (sempre sozinho e do mesmo modo) e **outras semelhantes**, não havendo, portanto, qualquer referência a gravidade do fato.

Em assim sendo, o Meritíssimo Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital indeferiu o pleito estribado em motivo não determinado pela lei, o que é inadmissível.

O recurso cabível é o **Agravo**, previsto no **artigo 197 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/84)**, que deverá ser **interposto no juízo "a quo"** para a fins de **retratação/reconsideração ou não** e, se mantida a decisão, **as razões do recurso são para o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, argumentando que, **ao contrário do decidido, estão presentes os pressupostos legais do artigo 71 do Código Penal, cumprindo, como consequência, ser aplicada apenas a pena de um dos crimes, que é de 1 (um) ano, acrescida de 1/6 (um sexto), restando unificadas em 1 (um) ano e 2 (dois) meses, o mesmo ocorrendo com a multa.**

## **112º EXAME DE ORDEM**

### **PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**

#### **DIREITO PENAL**

#### **GABARITOS - QUESTÕES**

**01** - A infração está tipificada na lei nº 9437 de 20 de fevereiro de 1997 que regula o registro e o porte de arma de fogo. O artigo 10 do diploma legal referido dispõe sobre os crimes e as penas e o inciso III diz, expressamente: "disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção à ela, desde que o fato não constitua crime mais grave".

**02** - O fato que serve para justificar a agravante da reincidência (CP, art. 61, I) não pode ser levado à conta de maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59). Reconhecendo a ocorrência de "*bis in idem*", deve-se excluir da pena-base o aumento decorrente da circunstância judicial desfavorável.

**03** - A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos termos do art. 310, parágrafo único do C.P.P.. O fundamento invocado de garantia da ordem pública, sem qualquer outra demonstração de real necessidade, nem tampouco da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, não justifica a manutenção do flagrante.

**04** - Artigo 265 C.P..

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO DO TRABALHO**  
**GABARITOS**

**PONTO 1**

Agravo de Petição (artigo 897 "a" da CLT), com a delimitação justificada da matéria e dos valores impugnados (artigo 897 § 1º da CLT).

Da matéria impugnada:

Época própria para incidência dos índices de correção monetária (Artigo 459 da CLT c/c. Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI do C. TST).

Honorários Periciais. Responsabilidade. Súmula nº 236 do C. TST.

Dos valores impugnados: R\$ 3.000,00 (parte controversa entre o valor homologado (R\$ 15.000,00) e a conta aduzida pela própria empresa (R\$ 12.000,00).

**PONTO 2**

Agravo de Instrumento (artigo 897 "b" da CLT), com o traslado obrigatório das peças relacionadas no artigo 897 § 5º inciso I da CLT.

Da matéria impugnada: Inexistência de deserção (Artigo 789 § 4º da CLT).

### **PONTO 3**

Recurso de Revista, alegando que a diferença de tempo de serviço para não ser concedida a equiparação, tem que ser na função e não no emprego. (Enunciado 135 do C. TST).

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO DO TRABALHO**  
**GABATITOS - QUESTÕES**

**01** - O empregado não terá direito ao gozo de férias (artigo 133 inciso III CLT); iniciar-se-á o decurso de novo período de aquisição a partir do dia da concessão da alta médica (*artigo 133 § 2º da CLT*).

**02** - Por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da Entidade, e, em segunda convocação, de 1/3 (um terço) dos membros (*artigo 612 da CLT*).

**03** - A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença (Súmula nº 8 do E. TST).

**04** - O valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data da distribuição da ação, excluídas as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

O pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente; o autor deve indicar corretamente o nome e o endereço da reclamada. (*artigos 852-A e 852-B da CLT*).

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO TRIBUTÁRIO**  
**GABARITOS**

**PONTO 1**

O examinando deverá confeccionar ação anulatória de débito fiscal endereçada a uma das varas da fazenda pública da comarca da capital, sustentando a ilegitimidade do lançamento em questão, tendo em vista que o art. 146, III, a, da Constituição Federal prevê que a cobrança dos impostos discriminados na constituição está sujeita à prévia definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, em sede de lei complementar. Deverá focalizar o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a competência tributária dos Municípios é condicionada pela taxativa lista de serviços da lei complementar federal, não sendo lícita a cobrança do imposto sobre serviços não constantes da lista, ainda que previsto em lei municipal e ainda que, do ponto de vista econômico, a atividade possa ser caracterizada como serviço de qualquer natureza, Deverá ainda ser formulado pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito ou, subsidiariamente, deverá ser requerida a realização do depósito judicial com a mesma finalidade, tudo para viabilizar o acesso à certidões de regularidade fiscal, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional.

**PONTO 2**

O examinando deverá interpor Agravo de Instrumento endereçado ao 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, com pedido de efeito suspensivo ativo, sustentando a ilegitimidade da cobrança do ITBI pelo regime de alíquotas progressivas, tendo em vista que não há permissão constitucional expressa para a instituição dessa fórmula de cobrança do ITBI. À medida que não há previsão expressa do ITBI progressivo, a exação do Município de São Paulo fere o art. 150, II, da Constituição Federal, pois trata desigualmente contribuintes que se encontram em situação semelhante. Por outro lado, não há que se cogitar na aplicação do art. 145, §1º da Constituição Federal, porquanto não há correlação necessária entre a capacidade contributiva e o valor do imóvel. A gradação do imposto de acordo com a capacidade contributiva somente seria lícita nos chamados impostos pessoais. Preferencialmente deverá o examinando indicar jurisprudência a respeito, em especial a Súmula nº 45 do 1º TAC. Deverá ainda observar os requisitos formais de interposição do agravo de instrumento.

**PONTO 3**

O caminho mais recomendável é a apresentação de defesa administrativa, com base no art. 89, § 1º, da Lei Estadual nº 6.374/89, dirigida ao Delegado Regional Tributário do ABCD (ou outra autoridade equivalente, desde que o candidato demonstre saber a quem deve a defesa ser dirigida). Pode-se, ainda, propor ação declaratória negativa de débito fiscal, pelo rito ordinário, dirigida ao Serviço do Anexo Fiscal da Comarca de São Bernardo do Campo.

No mérito, o candidato deverá sustentar que, se não houve circulação das mercadorias, não ocorreu o fato gerador do tributo (art. 2º, I, da Lei Complementar nº 87/96). Desta forma, tampouco se faz devido o pagamento de multa, já que não foi descumprida a obrigação acessória de emitir nota fiscal.

**112º EXAME DE ORDEM**  
**PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**  
**DIREITO TRIBUTÁRIO**  
**GABARITOS - QUESTÕES**

**01** - A defesa a ser apresentada deverá se basear no art. 146 do Código Tributário Nacional, que afirma que as alterações dos critérios de lançamento de tributos deverão ser aplicadas, "em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução". Dessa forma, os critérios novos não são aplicados a fatos pretéritos. Além disso, como não é exigido imposto, apenas multa, poderá invocar também o art. 100, parágrafo único, do CTN, já que a orientação anterior da autoridade fazendária é norma complementar de direito tributário.

**02** - É possível, tendo em vista o art. 144, §1º, do Código Tributário Nacional, que permite a aplicação de lei posterior ao fato gerador que amplie os poderes de fiscalização das autoridades administrativas.

**03** - Incidem ambos os impostos, por força do art. 2º, VI, da Lei Complementar nº 87/96, já que a legislação do ISS não sujeita a operação à incidência exclusiva do ICMS.

**04** - A substituição tributária é instituto previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, que impõe ao contribuinte o dever de recolher o ICMS incidente sobre operações que não praticou, conforme a previsão específica para cada estado. Se as operações forem posteriores, trata-se da hipótese de substituição tributária "para frente" a que se refere o art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

[Topo](#)