

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**  
**SECÇÃO DE SÃO PAULO**  
**121º EXAME DE ORDEM**

**QUESTÕES - PROVA 2ª FASE**  
**DIREITO CIVIL**

**PONTO 1**

Adonis, titular de unidade no Condomínio Edifício Panes et Circes, em que reside, não recebeu correspondência que lhe fora remetida por Vara da Justiça do Trabalho desta região e entregue na portaria do prédio, em tempo hábil a ensejar seu comparecimento à audiência inicial no processo de reclamação trabalhista contra si dirigida. A ausência àquele ato processual causou-lhe prejuízos, pois que sofreu as penalidades da revelia e confissão quanto à matéria fáctica, consoante constou da sentença condenatória desde logo proferida, acolhendo na totalidade as verbas postuladas na proscenial cujos efeitos nocivos não logrou afastar. Insatisfeito com as explicações fornecidas pelo representante do Condomínio e tampouco por aqueloutro gerente da empresa encarregada da administração, compa-rece perante escritório profissional, em busca de solução para o caso.

*QUESTÃO:* Como advogado de Adonis, aja em seu favor.

**PONTO 2**

Dagoberto é beneficiário de duplicata de prestação de serviços emitida por Afonso contra Carlino, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), cujo vencimento ocorreu em 20 de setembro de 2002. Dagoberto recebeu a cártula por endosso em preto, diretamente do sacador, e tem em seu poder o respectivo comprovante de prestação de serviços, devidamente assina-do pelo sacado. A duplicata não foi aceita por Carlino, embora se saiba que ele não se opôs expressamente a essa providên-cia. Vencido o título e não pago, Dagoberto promoveu o protesto no dia 15 de dezembro de 2002.

*QUESTÃO:* Na qualidade de advogado de Dagoberto, aja em seu proveito. Considere que Dagoberto e Afonso residem em São Paulo, ao passo que Carlino é domiciliado em Santos, praça de pagamento do título.

**PONTO 3**

Pompônio, casado com Lívia pelo regime universal de bens anteriormente à vigência da Lei n.º 10.406/02, falsificou a assinatura de seu irmão Juvêncio em determinado negócio jurídico, que lhe permitiu a aquisição da propriedade de certo bem de raiz. O lesado ajuizou ação visando à reparação do dano que, acolhida, ensejou a execução por quantia certa. O ato de constrição judicial incidiu sobre o bem em testilha contra o qual o cônjuge mulher opôs embargos de terceiro almejando alforriar sua meação. Estes foram acolhidos pelo juízo *a quo* ao argumento da incomunicabilidade das obrigações por ato ilícito, por sentença prolatada há um decêndio.

*QUESTÃO:* Como advogado de Juvêncio, atue em seu benefício.

## QUESTÕES PRÁTICAS

1. Tércio, fiador de Tício em contrato de locação urbana, notifica o locador Publius para exonerar-se da fiança prestada ao locatário. Seis meses após, por inadimplência do inquilino, que deixou de pagar os encargos locatícios, o locador ajuíza ação de cobrança contra o fiador. Este, por sua vez, se defende, alegando estar obrigado apenas aos aluguéis devidos no curso de 60 dias após a notificação feita ao credor. Com vista dos autos ao advogado de Publius, este deverá manifestar-se dentro de 10 dias. Qual deverá ser a fundamentação da resposta?
2. Os filhos de irmãos do *de cujus*, quando concorrerem com irmãos deste à herança, podem exercer o direito de representação? Em caso afirmativo, essa concorrência se dá por estirpe ou por cabeça? Fundamente.
3. A "Joalheria Old Gems", com receio de furto em feriados prolongados, alugou cofre no "Banco de Crédito e Custódias" e entregou-lhe as mais valiosas jóias de seu estoque. Essa operação constitui um contrato? Em caso afirmativo, qual a modalidade do negócio? Fundamente a sua conclusão.
4. Constituinte indaga sobre a validade de negócio jurídico em que uma das partes foi representada por procurador relativamente incapaz, munido de instrumento particular outorgado pelo mandante, e se o maior de dezesseis anos poderia, validamente, dispor de bens em testamento particular por ele próprio datilografado e testemunhado por duas pessoas. Explícite e fundamente.

## DIREITO PENAL

### PONTO 1

João, investigador de polícia, está preso no Presídio Especial da Polícia Civil de São Paulo por força de auto de prisão em flagrante delito e denunciado como violador do artigo 316, do Código Penal, sendo certo que teve concedida a fase do artigo 514, do Código de Processo Penal, e que os prazos legais estão sendo observados. É primário, tem residência fixa e exerce atividade lícita. O Meritíssimo Juiz de primeira instância negou a liberdade provisória com fiança, alegando apenas e tão somente "ser o crime muito grave", enquanto a Egrégia 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, denegou a ordem de *habeas corpus* que fora impetrada usando do mesmo argumento, conforme consta do v. aresto hoje publicado.

**QUESTÃO:** Como advogado de João, adotar a medida judicial cabível.

### PONTO 2

José, funcionário público com 38 anos de idade, casado, pai de três filhos, estava trabalhando em presídio da Capital, quando inesperadamente ocorreu uma rebelião. Alguns detentos estavam muito agitados, e por ordem de um superior, José imobilizou dois deles, com ataduras de pano, fazendo-o com o devido cuidado para não os machucar. Após hora e meia, José soltou os detentos, pois

estes se mostravam calmos, e foram levados para a realização de exame de corpo de delito, que apurou lesões bem leves, causadas pela própria movimentação dos presos. Mesmo assim, ambos os detentos disseram que foram torturados por José. Diante desses fatos, José foi processado e acabou sendo condenado pelo crime de tortura, previsto na Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, artigo 1.º, inciso II, parágrafo 4.º, inciso I, à pena de três anos de reclusão, mais a perda de função pública. José está preso e a r. sentença já transitou em julgado. Agora, um dos condenados foi colocado em liberdade e procurou a família de José, dizendo que foi obrigado pelo outro preso a dizer que tinha sido torturado, mas a verdade é que José inclusive fez de tudo para não os ferir. Como o outro detento não gostava de José, havia inventado toda a estória, obrigando-o a mentir. Esta declaração foi colhida numa justificação criminal.

**QUESTÃO:** Como novo advogado de José, produzir a peça cabível que atenda o seu interesse.

### **PONTO 3**

Xisto e Peter combinaram entre si a prática de furto qualificado, consistente na subtração, mediante arrombamento, do toca-fitas de veículo estacionado na via pública. Ao iniciarem o furto, aparece o dono do veículo. Xisto sai correndo, enquanto Peter enfrenta a vítima e, usando de uma arma de fogo que portava, o que não era do conhecimento de Xisto, vem a matar a vítima. A sentença condenatória do MM. Juiz de Direito da 5.ª Vara Criminal da Capital aplicou a pena de 20 anos a cada um dos acusados. Os advogados foram intimados da decisão há dois dias.

**QUESTÃO:** Na qualidade de defensor de Xisto, apresentar a peça jurídica competente.

### **QUESTÕES PRÁTICAS**

1. Explique, dando o dispositivo legal, o que são normas penais permissivas, também conhecidas como autorizantes.
2. O indivíduo "A", em estado de embriaguez, promove atos escandalosos no interior de freqüentado restaurante. "A", visivelmente embriagado, é retirado do ambiente por seu amigo "B" e conduzido até o bar anexo, onde "B" e o garçom "C" lhe servem uísque. Justifique, dando os dispositivos legais, se ocorreu ilícito penal.
3. Particular pode ser co-autor de peculato? Explícite.
4. O crime de roubo qualificado, art. 157, parágrafo 2.º, incisos I, II, III, IV e V do C.P., é considerado crime hediondo?

### **DIREITO DO TRABALHO**

## **PONTO 1**

Praxedes promove reclamação trabalhista em face da empresa LSL Ltda., alegando que: 1) fora admitido em 01.04.1970 na função de porteiro, para trabalhar na filial localizada na cidade de Ourinhos, onde residia, tendo sido demitido sem justa causa em 05.03.003; 2) em virtude de promoção para a função de encarregado de serviços, ocorrida em 01.03.1993, foi transferido para a filial localizada na cidade de São Paulo, onde passou a residir; 3) na filial da cidade de São Paulo, trabalhava o empregado Zorac, que fora admitido como servente em 01.05.1990 e promovido para encarregado de serviços em 28.01.1991; 4) embora exercendo idêntica função com a mesma perfeição técnica, e tivesse o reclamante mais de 20 anos de serviços prestados à empresa que o paradigma, percebia salário 30% inferior ao dele; 5) quando empregado, a empresa lhe proporcionava assistência médica e odontológica gratuitamente. Pretende a condenação da reclamada a: 1) pagamento de adicional de transferência de 25%; 2) diferenças salariais por equiparação e seus reflexos; 3) integração das parcelas referentes à assistência médica e odontológica na sua remuneração, com pagamento dos reflexos legais, ao fundamento de que se tratava de salário indireto.

*QUESTÃO:* Como advogado da empresa, apresentar a medida judicial cabível e seus fundamentos.

## **PONTO 2**

Marcionílio foi admitido pela Construtora Cruz Vermelha Ltda., em 04.03.1995, para exercer a função de pedreiro em obra de propriedade da Metalúrgica KLM, tendo sido dispensado em 01.04.2003, quando percebia o salário de R\$ 564,00 (quinhentos e sessenta e quatro reais) mensais. Entendendo ter direitos trabalhistas a receber, já que no curso do contrato de trabalho tinha contato com agentes químicos (álcalis), e cumpria jornada de trabalho das 7:00 às 17:00 horas de segunda a sexta-feira, e aos sábados das 7:00 às 13:00 horas, com intervalo para refeição e descanso de quarenta minutos, Marcionílio promoveu reclamação trabalhista contra a Construtora Cruz Vermelha Ltda. e contra a Metalúrgica KLM Ltda., pedindo que, em relação à segunda reclamada, a condenação fosse subsidiária, com fundamento no artigo 455 da CLT e Enunciado n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Produzidas todas as provas no curso do processo, a ação foi julgada procedente, condenadas as reclamadas, sendo a segunda de forma subsidiária, ao pagamento do adicional de insalubridade de 40% sobre o salário mínimo e horas extras pela extrapolação da jornada diária, bem como uma hora extra diária pela ausência de intervalo para refeição e descanso.

*QUESTÃO:* Como advogado da Metalúrgica KLM Ltda., avie a medida judicial cabível, apresentando os fundamentos legais.

## **PONTO 3**

Lyz, já qualificada na inicial, obteve êxito na reclamationária que propôs contra seu antigo empregador, MC-Marketing Ltda., tendo o contrato de trabalho perdurado de 06.07.1992 a 11.09.1997. A ação fora distribuída em 04.05.1998, tendo sido

apurado e homologado o montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) como total do crédito devidamente corrigido e acrescido de juros até 01.12.2002. Iniciada a execução, a reclamante tentou, de várias maneiras, receber aquele crédito, o que não foi possível, já que na empresa não existiam bens para tanto. Requereu, então, a exeqüente, a penhora dos bens do Sr. MM, que integrara a sociedade no período de junho/1996 a fevereiro/1997, o que foi deferido pelo Juízo, concretizando-se a penhora.

**QUESTÃO:** Como advogado de MM, intentar a medida que entender cabível, defendendo, fundamentadamente, seus interesses, e requerendo o quê de direito.

## **QUESTÕES PRÁTICAS**

1. O empregador, no curso do aviso-prévio, arrependeu-se de haver denunciado o contrato de trabalho. Pode ele reconsiderar isoladamente a denúncia porque, enquanto não decorrido o prazo do aviso, não ocorre a extinção do contrato, ou, uma vez efetuada a denúncia do contrato, estar-se-á diante de ato jurídico perfeito e acabado que não pode ser desfeito? Fundamente.
2. Tem competência a Justiça do Trabalho para processar e julgar, originariamente e em caráter definitivo, as demandas intersindicais relativas à base territorial? Fundamente.
3. A reconvenção pode ser indeferida liminarmente porque não é admitida no processo trabalhista ou por outra causa? Fundamente.
4. Pelo princípio da subsidiariedade, cabe Agravo Retido no processo trabalhista? Fundamente.

## **DIREITO TRIBUTÁRIO**

### **PONTO 1**

Em janeiro de 2003, a Sociedade "Carlos Ferreira - ME", inscrita no CNPJ sob n.º 222.332.444-0001-00, foi regularmente notificada de lançamento relativo a crédito tributário de IPTU, referente ao exercício de 2003, ocasião em que constatou que a alíquota utilizada para apuração do valor do imposto era de 2%, específica para imóveis destinados a fins comerciais. Na mesma ocasião, a Municipalidade de São Paulo, alterando lançamentos anteriores, exigiu IPTU relativo aos exercícios de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002, uma vez que, nos lançamentos anteriores, fora adotada por engano a alíquota de 1% específica para imóveis residenciais.

**QUESTÃO:** Diante dessa situação, elabore a medida judicial apropriada para defender os interesses da Empresa "Carlos Ferreira - ME", e que impeça eventual execução fiscal por parte da Fazenda Pública Municipal.

## **PONTO 2**

Alcebíades é professor universitário e ministra cursos livres em caráter autônomo. Para exercer esta última atividade, inscreveu-se no Cadastro de Contribuintes Mobiliários do Município de São Paulo (cidade onde ministra seus cursos) para efeito do pagamento do Imposto sobre Serviços - ISS. No entanto, logo após a inscrição, recebeu correspondência da Secretaria Municipal das Finanças, orientando-o a manter regular escrituração fiscal para apuração do tributo que, de acordo com a lei municipal nº 10.000/00 (fictícia) incidiria exclusivamente sobre as receitas auferidas em decorrência da atividade, à alíquota de 5%.

*QUESTÃO:* Como advogado de Alcebíades, atue em seu prol.

## **PONTO 3**

A sociedade A&C Serviços de Limpeza Ltda. tem sede em São Paulo e filial na cidade de Taboão da Serra. Para efeitos fiscais, ambos os estabelecimentos são autônomos, têm inscrições nos respectivos municípios e apenas prestam serviços dentro dos territórios municipais em que estão localizados. No entanto, o estabelecimento de São Paulo recebeu notificação da Prefeitura, de que doravante deverá recolher aos cofres municipais também o imposto relativo aos serviços prestados em Taboão da Serra, uma vez que a sede da contribuinte é em São Paulo. De seu turno, a Prefeitura de Taboão da Serra exige o tributo e, não sendo pago, procederá à inscrição do débito na dívida ativa e conseqüente execução fiscal.

*QUESTÃO:* Como advogado da A&C Serviços de Limpeza Ltda., aja para defender seus interesses e, diante das pretensões contempladas na hipótese, manter sua regularidade fiscal já a partir deste mês, em que o imposto questionado atinge o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

## **QUESTÕES PRÁTICAS**

1. Certa empresa adquire imóvel industrial em hasta pública realizada em 2002. Após referida aquisição, é notificada sobre a existência de débito tributário relativo ao bem arrematado, cujo fato gerador ocorreu em data anterior à da hasta pública. Desse modo, está sendo responsabilizada como sucessora. Como advogado da arrematante, quais as possibilidades jurídicas a serem consideradas?
2. Prefeitura interiorana isenta, por prazo indeterminado, o IPTU de alguns imóveis em virtude da precária condição de moradia do local. Alguns meses após a publicação da lei de isenção, ocorre a publicação de nova lei, instituindo contribuição de melhoria em virtude de asfaltamento das ruas onde estão localizados os ditos imóveis. O proprietário de imóvel beneficiado pela isenção do IPTU pede a sua opinião sobre a instituição da contribuição de melhoria. Qual a sua posição? Responda e fundamente.

3. Sócio de empresa comercial procura-o, indagando se os valores pagos a maior a título de ICMS, destacados em suas notas fiscais e julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, podem ser objeto de compensação e, eventualmente, o crédito ser lançado para compensação. Opine considerando as possíveis conseqüências da conclusão adotada.

4. O Poder Legislativo paulista, por meio de lei ordinária, instituiu alíquota do ICMS em 18%, facultando ao Executivo fixá-la em até dois pontos percentuais a maior, por determinado prazo. Aprecie a matéria sob o prisma da Lei maior.

## **121º EXAME DE ORDEM PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL**

### **GABARITOS - 2ª FASE**

#### **DIREITO CIVIL**

##### **PONTO 1**

Formular pedido de indenização dirigida a juízo competente, em relação ao Condomínio, pelo processo cognitivo de procedimento comum, ordinário ou sumário, em razão do valor da causa, com atendimento às exigências do artigo 282 do CPC e exposição dos fundamentos fácticos e jurídicos que a hipótese enseja. Alavancar na responsabilidade aquiliana ou extracontratual do Condomínio, decorrente da má escolha de seu preposto que no desempenho de suas funções negligenciou e se omitiu culposamente (arts. 186, 932, III e 933 da Lei nº 10.406/02). Apontar as verbas pretendidas e buscar provar na fase cognitiva a ocorrência dos danos patrimoniais e eventualmente morais. Relegar para posterior processo de liquidação a apuração do quantum, se ocorrer a hipótese legal. Deduzir os pedidos imediato e mediato cabíveis na fattispecie. Eventual e justificadamente poderá ser incluído no polo passivo a empresa administradora.

##### **PONTO 2**

Propositura de execução por quantia certa contra devedor solvente, por Dagoberto, em face exclusivamente de Carlino, nos termos dos arts. 585, I, do Código de Processo Civil, e 15 e segs. da Lei nº 5.474/68. A execução não deve ser movida contra Afonso, uma vez que o protesto posterior a 30 dias do

vencimento do título opera a perda do direito de regresso contra o endossante, consoante dispõe o art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68; por se tratar de perda de direito, sequer se admitirá ação monitória contra Afonso. A execução deve ser movida perante algumas das varas cíveis de Santos (domicílio do devedor e local de pagamento do título) e explicitar na cobrança, amparar-se esta nos requisitos do art. 15 da Lei de Duplicatas.

### **PONTO 3**

Interpor recurso de apelação dirigido ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, declinando a satisfação dos pressupostos subjetivos e objetivos da espécie. Como deflui do ponto sorteado, trata-se de indenização por ato ilícito (e não ação de anulação ou nulidade de ato jurídico), incidindo pois, no caso, a sustentação de que o imóvel ilegitimamente adquirido passou a pertencer ao patrimônio do casal, resultando proveito econômico que aumentou e enriqueceu a sociedade conjugal. Assim, não se aplica a exceção do artigo 263, inciso VI da Lei nº 3071/16, mas incidem os cânones imperativos dos artigos 1521, inciso V, 1518, § único e 1523, que estabelecem a responsabilidade do cônjuge beneficiado com o produto do cometimento do ato pelo outro consorte, obrigando dessarte seus bens particulares e sua meação na sistemática da responsabilidade patrimonial (artigo 592, inciso IV do C. Proc. Civil). A matéria foi reeditada pelas regras dos artigos 932, 942, § único e 933 da Lei nº 10.406/02. Frisar que se aplica à hipótese as normas do direito pretérito em razão da regra de direito intertemporal inscrita no artigo 2.039 daquela lei. Formular os pedidos pertinentes.

### **QUESTÕES**

**01** - O art. 835 do novo Código Civil não se aplica aos contratos de locação de imóvel urbano, uma vez que o art. 39 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato) estabelece que qualquer das garantias da locação se estende a efetiva entrega das chaves, e o novo Código Civil ressalvou em regra de direito intertemporal a vigência daquela lei especial.

**02** - O direito de representação na sucessão causa-mortis contempla os filhos de irmãos, excluindo os mais próximos os mais remotos na classe dos colaterais e, na linha transversal, em favor daqueles quando com irmãos do falecido concorrerem herdando o que herdaria o representado, se vivo fosse (artigos 1.840, 1.853 e 1.854 da lei 10.406/02).

**03** - Trata-se de contrato de depósito, cuja característica é a obrigação de custódia. Distingue-se do mandato, comodato e locação, porque não têm estes, como causa, a guarda e a conservação das coisas (Orlando Gomes, "Contratos", 12º ed. Forense, 1990, pág. 378; idem 8ª. C.C., T.A.S.P., A. C. 930.277-8, 24.04.2002).

**04** - A simples circunstância de ter sido a parte representada em negócio jurídico por relativamente incapaz não é causa de invalidade do ato desde que o

instrumento particular seja compatível com a forma exigida por aquele, anotando-se que, de regra, não terá o mandante ação contra o mandatário (artigo 666, 654 e 657 da Lei nº 10.406/02).

Poderá, validamente testar pela modalidade ordinária de testamento particular, desde que tenha pleno discernimento seja escrito de próprio punho ou por processo mecânico, sem rasuras ou espaços em branco, lido depois de confeccionado e assinado pelo testador em presença de pelo menos três testemunhas presenciais, que também o firmarão, (artigos 1.860, § único, 1.862, inciso III e 1.876 e seus §§ da Lei nº 10.406/02).

## **DIREITO PENAL**

### **PONTO 1**

**Deverá** ser interposto Recurso Ordinário Constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, com base no artigo 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. O endereçamento da interposição é para o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que encaminhará os autos para o STJ. As razões devem ser apresentadas junto com a interposição do recurso. Indiscutivelmente a infração é afiançável, tanto é que foi concedido o prazo do artigo 514, do Código de Processo Penal. Outrossim, a simples gravidade do fato não é motivo para não conceder a fiança, aliás, direito subjetivo do réu consagrado na Constituição Federal. Portanto, além de não estarem o despacho e a decisão de segunda instância devidamente fundamentados, foi eleito motivo que a lei não prescreve como impeditivo, persistindo o constrangimento ilegal. Buscar seja provido o recurso. Admite-se, também, a impetração de ordem de "Habeas Corpus" - substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, desde que com a fundamentação própria.

### **PONTO 2**

Trata-se de Revisão Criminal, endereçada ao Egrégio Tribunal de Justiça, com base no art. 621, inciso III do C.P.P., visto que surgiu uma prova nova, com a juntada da justificação criminal, onde foi ouvido o ex-detento, que comprovou a ocorrência de um enorme erro judiciário, pois José não cometeu o crime de tortura que lhe foi imputado, sendo inocente portanto. O candidato deverá postular seja conhecida a revisão e julgada procedente (artigo 626, 2ª parte do CPP) para o fim de absolver José com base no art. 386, inciso III do C.P.P., requerendo o competente alvará de soltura clausulado.

### **PONTO 3**

A solução é a interposição do recurso de apelação perante o juízo de primeira instância, seguido das razões endereçadas ao Egrégio Tribunal de Justiça de São

Paulo.

Nas razões postular de forma mais ampla a absolvição do apelante, enquanto que subsidiariamente (tese principal) pleitear a desclassificação do crime com base no artigo 29, § 2º, 1ª parte do Código Penal, pela participação idealizada em delito de menor gravidade.

### **QUESTÕES**

**01** - São aquelas que permitem a prática de um fato típico, excluindo-lhe a ilicitude. São, portanto, as causas de exclusão da ilicitude, art. 23 do Código Penal.

**02** - Sim. "A" cometeu a contravenção penal de embriaguez (art. 62), e os indivíduos "B" e "C", a contravenção penal de servir bebida alcoólica a quem já se encontre embriagado, art. 63, II, todos da L.C.P..

**03** - Sim, conforme o art. 30 do C.P., pois é circunstância elementar do delito, a condição de servidor público, que se comunica ao particular, quando este conhecia a condição do mencionado funcionário.

**04** - Não, em virtude da relação dos crimes hediondos, mencionados na Lei 8072 de 25/07/90, não ter incluído o crime de roubo no elenco dos delitos considerados como tal.

### **DIREITO DO TRABALHO**

#### **PONTO 1**

Contestação, alegando que não há direito ao respectivo adicional, já que ocorrera transferência definitiva (§ 3º do art. 469 CLT); que inexistente direito à equiparação salarial, pois entre reclamante e paradigma havia diferença de tempo de serviço superior a dois anos na função (§ 1º do art. 461 da CLT); e que a assistência médica e odontológica não se caracteriza como salário indireto (inciso IV do § 2º do art. 458 da CLT).

#### **PONTO 2**

Recurso Ordinário, com fundamento central de que a Metalúrgica KLM Ltda. não responde nem mesmo de forma subsidiária, por ser dona da obra (Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST), devendo ser excluída da lide.

#### **PONTO 3**

Embargos de Terceiro com fundamento no artigo 1046 do CPC, bem como nos artigos 472, 568 e 1051 também do CPC.

### **QUESTÕES**

**01** - Nenhuma das alternativas está correta, pois que o aviso-prévio dado pelo empregador pode ser reconsiderado pelo empregado (parte final do artigo 489 da CLT).

**02** - Não. Não se trata de controvérsia oriunda da relação de emprego, nem de cumprimento de convenção ou acordo coletivo de trabalho (artigo 114 da Constituição Federal, artigo 643 da CLT e Lei nº 8984/95).

**03** - A reconvenção é admitida no processo trabalhista (artigo 769 da CLT), e, em sendo ação, pode ser indeferida liminarmente quando não se apresentar com os requisitos da lei processual atinentes à petição inicial (artigo 315 c/c os artigos 282, 284 e 295, todos do CPC).

**04** - Não. O processo do trabalho se rege pelo princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. É o Agravo de Instrumento que serve para destrancar recurso - art. 897-B da CLT, inexistindo previsão de Agravo Retido no artigo 893 da CLT.

## **DIREITO TRIBUTÁRIO**

### **PONTO 1**

Para defesa do contribuinte, o candidato deverá elaborar Ação Anulatória de Lançamento Fiscal, acompanhada de depósito do valor do débito conforme artigo 38 da lei nº 6.830/80 ou, alternativamente, de pedido de tutela antecipada nos termos do artigo 273 do CPC c.c. art. 151, inciso V, do CTN. Como fundamentos jurídicos deverá alegar: a) inconstitucionalidade da progressividade instituída pela destinação do imóvel; b) decadência em relação ao exercício de 1997, e; c) inalterabilidade do lançamento tributário relativamente aos exercícios de 1997 a 2002, nos termos do art. 149 do CTN.

**\* Gabarito do ponto 1 de Direito Tributário corrigido em 25/09/2003.**

### **PONTO 2**

Impetração de mandado de segurança preventivo para impedir a autoridade fiscal (Secretário Municipal das Finanças, ou outra autoridade competente na estrutura do órgão) que lance o imposto com base em percentual das receitas auferidas, pois Alcebíades tem o direito de recolhê-lo na forma do art. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, não revogado pela Lei Complementar nº 116/03. Em consequência, o candidato deverá impugnar o dever de manutenção de escrituração fiscal, que também deverá ser combatido por falta de razoabilidade, pois não estabelecido no interesse da arrecadação dos tributos (CTN, art. 113, § 2º). A ação deverá ser impetrada perante alguma das varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo e deverá ser requerida liminar para impedir desde logo: a) a cobrança do

tributo na forma pretendida pela Municipalidade; b) a tomada de medidas sancionatórias pelo descumprimento das obrigações acessórias.

### **PONTO 3**

O candidato deverá mover ação de consignação em pagamento, com fundamento no art. 164, III, do Código Tributário Nacional. Os requisitos da ação deverão observar o disposto nos arts. 890 e seguintes do Código de Processo Civil, em especial o art. 898, compreendendo o pedido a citação de ambos os Municípios para comparecer aos autos e exercer a pretensão ao recebimento do valor consignado. O candidato deverá expor os motivos da dúvida, argumentado com as regras do art. 3º da Lei Complementar nº 116/03 a respeito do local do pagamento do ISS. Como há dúvida quanto ao local do pagamento, a ação pode ser proposta tanto em São Paulo (Vara da Fazenda Pública) quanto em Taboão da Serra.

### **QUESTÕES**

**01** - A empresa não poderá ser responsabilizada pelo débito tributário já existente, em virtude do parágrafo único do artigo 130 do CTN: "No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço".

**02** - Pode haver a cobrança da contribuição de melhoria em questão, como dispõe o artigo 177 do CTN: "Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva: I - às taxas e às contribuições de melhoria; (...)".

**03** - Art. 166 do CTN. Só poderá haver restituição de tributos que comportem transferência do encargo fiscal para terceiro se o contribuinte de direito provar: a) ter assumido o ônus não repassando o tributo ou; b) estar expressamente autorizado pelo contribuinte de fato a recebê-los.

**04** - A questão deve ser considerada com invocação do artigo 150, I da C.F. sendo inconstitucional a pretensão em face do princípio da estrita legalidade da tributação. Ainda, a inconstitucionalidade se manifesta em razão da indevida delegação de poderes ao Executivo.