

SECÇÃO SÃO PAULO

124º EXAME DE ORDEM - 2ª FASE

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

CADERNO - CIVIL

PONTO 1

Alberto, residente e domiciliado no bairro de Pinheiros, na Capital do Estado de São Paulo, é proprietário de um sítio situado em Campinas - SP e, em um final de semana, nota que a cerca de arame que faz divisa com o sítio de seu vizinho Mário foi deslocada cinco metros para dentro de seu terreno, reduzindo sua área. Prontamente, Alberto providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Um mês depois, o vizinho Mário, residente e domiciliado em Santos - SP, desloca, novamente, a cerca de lugar, para usar aquela faixa de terra para passagem de seu gado, e no final do mesmo dia, providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passado mais um mês, o vizinho Mário repete a sua mesma conduta do mês anterior, providenciando, no final do dia, o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passados mais três meses, aproveitando que Alberto está indo poucas vezes ao sítio, e como, até então, não houve reclamação por parte dele, Mário avisa ao funcionário de Alberto que irá deslocar, novamente, a cerca, mantendo-a nessa posição pelo período de seis meses, para que possa usar aquela faixa de terra para passagem de suas novas cabeças de gado, adquiridas recentemente em um leilão.

QUESTÃO: Como advogado de Alberto, promova a ação judicial cabível.

PONTO 2

Alberto, residente e domiciliado no bairro de Pinheiros, na Capital do Estado de São Paulo, é proprietário de um sítio situado em Campinas - SP. Como Alberto vai poucas vezes ao sítio, Mário, proprietário do sítio vizinho, e residente e domiciliado em Santos - SP, avisa ao funcionário de Alberto que irá deslocar a cerca de arame que divisa os dois terrenos, para usar aquela faixa de terra para passagem de seu gado, pelo período de dois meses. Um mês depois, o vizinho Mário desloca a cerca de arame cinco metros para dentro do terreno de Alberto, reduzindo sua área. Prontamente, Alberto providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passado um mês, o vizinho Mário desloca, novamente, a cerca de lugar, para passagem de seu gado, e, no final do mesmo dia, providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passado mais um mês, o vizinho Mário repete a sua mesma conduta do mês anterior, providenciando, no final do dia, o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passados mais três meses, como, até então, não houve reclamação por parte de Alberto, seu vizinho Mário desloca, mais uma vez, a cerca de lugar, mantendo-a nessa posição, para passagem de seu gado, naquela faixa de terra.

QUESTÃO: Como advogado de Alberto, promova a ação judicial cabível.

PONTO 3

Alberto, residente e domiciliado no bairro de Pinheiros, na Capital do Estado de São Paulo, é proprietário de um sítio situado em Campinas - SP e, em um final de semana, nota que a cerca de arame que faz divisa com o sítio de seu vizinho Mário foi deslocada cinco metros para dentro de seu terreno, reduzindo sua área. Prontamente, Alberto providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Aproveitando que Alberto está indo poucas vezes ao sítio, e como não houve reclamação por parte dele, Mário avisa ao funcionário de Alberto que irá deslocar, novamente, a cerca, mantendo-a nessa posição pelo período de seis meses, para que possa usar aquela faixa de terra para passagem de suas cabeças de gado. Passado um mês, o vizinho Mário desloca, novamente, a cerca de lugar, para passagem de seu gado, e, no final do mesmo dia, providencia o deslocamento da cerca para a sua posição originária. Passado mais um mês, o vizinho Mário repete a sua mesma conduta do mês anterior, providenciando, no final do dia, o deslocamento da cerca para a sua posição originária.

QUESTÃO: Como advogado de Alberto, promova a ação judicial cabível.

QUESTÕES PRÁTICAS

1. Existe responsabilidade civil por fato jurídico ou por ato jurídico lícito? Justifique a resposta, aplicando artigos do Código Civil e/ou de outra legislação.

2. Pode o cônjuge culpado pela separação judicial pedir alimentos ao inocente? Justifique a resposta, aplicando artigos do Código Civil.

3. Antônio comprou o Sítio São José pelo preço de R\$ 500.000,00, com área de 22.000 metros quadrados, para nele instalar uma empresa. Antônio fez constar da escritura de aquisição, com a concordância do vendedor Benedito, que essa área é a mínima necessária ao estabelecimento de referida empresa. Realizada a compra e venda, com o registro do título no Registro Imobiliário, Antônio constatou, com perícia, ao cabo de seis meses após esse registro, que a área adquirida só possuía 18.000 metros quadrados, o que inviabilizou, parcialmente, o empreendimento de Antônio, que pretende desfazer o negócio. A pretensão de Antônio procede? Justifique a resposta, aplicando artigos do Código Civil.

4. José tem um terreno com vista para o mar há vinte e dois anos, sendo que o seu vizinho inicia construção de um prédio de quatro andares, tolhendo-lhe essa visão marítima. Essa construção iniciou-se há onze meses e meio. Cuida-se de usucapião ou de servidão? Justifique a resposta, aplicando artigos do Código Civil.

CADERNO - PENAL

PONTO 1

João foi condenado porque ele e Pedro, no dia 01.02.2004 ingressaram na residência de Antônio, com a intenção de subtrair bens a este pertencentes, e, em virtude da resistência do morador, desferiram-lhe tiros que vieram a causar-lhe a morte. Um dos tiros atingiu o comparsa, Pedro, que faleceu. João, temeroso, fugiu sem nada subtrair. O juiz, em razão dos fatos, condenou João, como incurso duas vezes em concurso material, às penas do art. 157, § 3.º, segunda parte, do Código Penal, num total de 40 (quarenta) anos de pena privativa de liberdade e 20 (vinte) dias multa, fixadas no mínimo legal, e ao regime integralmente fechado, para o seu cumprimento.

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

PONTO 2

Policia civil ingressou, sem mandado judicial, na residência de João, e nela apreendeu documento público que, submetido à perícia, constatou-se ser falso, vindo por isso João a ser denunciado como incurso no artigo 297, caput, do Código Penal. A denúncia foi recebida pelo juiz.

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

PONTO 3

O juiz, ao proferir sentença condenando João por furto qualificado, admitiu, expressamente, na fundamentação, que se tratava de caso de aplicação do privilégio previsto no parágrafo segundo, do art. 155 do Código Penal, porque o prejuízo da vítima era de R\$ 100,00 (cem reais), devendo, em face de sua primariedade e bons antecedentes, ser condenado à pena mínima. Na parte dispositiva, fixou como pena a de reclusão de 2 (dois) anos, substituindo-a por uma pena restritiva de direito e multa, fixando regime inicial aberto.

QUESTÃO: Diante do inconformismo de João com essa condenação, como seu advogado, tome as providências cabíveis para a sua defesa e redija a peça processual adequada.

QUESTÕES PRÁTICAS

1. Em qual tipo de procedimento e em quais momentos processuais o juiz pode indeferir pedido de juntada de documentos? Quais as razões que justificam tais regras? Fundamente.

2. "A" esteve preso preventivamente no período de 02.03.2003 a 02.06.2003, mas foi absolvido da acusação. Contudo, foi condenado por outro crime, cometido em 01.02.2003, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. No tocante à pena aplicada, o que poderá ser levado em conta, em benefício do condenado? Fundamente.

3. Uma lei nova que impusesse prisão preventiva obrigatória em crimes de tráfico internacional de entorpecentes poderia ser aceita e poderia ser aplicada a processos em andamento? Por quê? Fundamente.

4. Corrija a seguinte frase, apontando os seus erros e justificando a correção: "A coação moral, como causa excludente da tipicidade, ocasiona sempre a absolvição do coato, só sendo punível o coator".

CADERNO - TRIBUTÁRIO

PONTO 1

Determinada Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação ordinária, negou provimento à apelação interposta pelo Estado de São Paulo ao entendimento de que é aplicável a imunidade tributária à importação de filmes de laminação para capas de livros (Polímero de Polipropileno, Filme BOPP). O acórdão porta a seguinte ementa:

Tributos - ICMS - Declaratória - Imunidade - Filme de laminação de capas de livros (Polímero de Polipropileno, Filme BOPP) - Material que se integra no produto final, incorporado ao papel das capas dos livros, tem a mesma natureza deste, gozando de sua imunidade. Honorários fixados de acordo com o tempo e trabalho exigidos do advogado - Negado provimento aos recursos.

O Estado de São Paulo interpõe Recurso Extraordinário, tempestivamente, sustentando, em síntese, o seguinte: (i) que foi ofendido mandamento constitucional de imunidade, já que o polímero de polipropileno (filme de laminação para capa de livro) não é consumido no processo de impressão de livros; (ii) que a decisão contraria a jurisprudência, que vem excluindo da proteção constitucional máquinas e mercadorias que tecnicamente são consideradas da família dos plásticos; (iii) que o insumo "polímero de polipropileno", da família dos plásticos, não é consumido imediatamente no processo produtivo, mas desgasta-se paulatinamente na produção; (iv) que as atividades praticadas pela empresa não se restringem à edição, comercialização, importação e exportação de livros, jornais e revistas, mas também à exploração da indústria gráfica em suas diversas modalidades.

QUESTÃO: Na qualidade de advogado do contribuinte, elabore a peça adequada para apreciação pelo tribunal competente.

PONTO 2

A Hotel da Manhã Ltda. pleiteou, em juízo, a restituição de PIS e Cofins, que entendia ter sido recolhido em excesso, tendo em vista haver incluído, em sua base de cálculo, o valor das gorjetas, cobradas de seus hóspedes juntamente com o valor dos serviços. A ementa da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região tinha o seguinte teor:

Tributário - Gorjetas: Não-integração à Base de Cálculo de Exações Fiscais - Prescrição - Correção Monetária e Juros: Taxa Selic.

1. As gorjetas, por serem parte integrante do salário, não integram a base de cálculo das exações fiscais que oneram as empresas (precedentes do STF).
2. Prescrição quinquenal que, em relação às exações autolancadas, tem prazo contado em dobro, dez anos, da data do fato gerador (precedentes majoritários do STJ).
3. Expurgos inflacionários que integram os índices de correção monetária (precedente da Corte Especial).
4. Juros calculados pela taxa Selic.
5. Honorários reduzidos.
6. Recurso e remessa oficial parcialmente providos.

A Fazenda Nacional, em recurso próprio, alega que as parcelas do PIS e da Cofins, recolhidas há mais de cinco anos da propositura da ação, estão prescritas, nos termos do artigo 168, inciso I c/c 156, inciso I, do Código Tributário Nacional. Sustenta que o fato de as gorjetas integrarem o salário não as excluem da base de cálculo do PIS e da Cofins. Entende que as leis que tratam do PIS e Cofins, por serem leis especiais, prevalecem sobre a legislação trabalhista, que tem um caráter geral. Inconforma-se, ainda, com a aplicação da taxa Selic, eis que os índices a ela referentes não possuem natureza moratória, e sim remuneratória.

QUESTÃO: Na qualidade de advogado da Hotel da Manhã Ltda., elabore o instrumento processual adequado.

PONTO 3

A JET Transportes Aéreos Ltda. impetrou Mandado de Segurança visando a obter provimento assegurando o desembarço aduaneiro de uma aeronave Boeing 737-400 e dois motores, sem o pagamento do ICMS, tendo em vista tratar-se de operação internacional de arrendamento mercantil. Não obtendo a medida liminar pretendida, foi elaborado Agravo de Instrumento, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão assim ementado: Agravo de Instrumento - ICMS - Desembarço aduaneiro de uma aeronave Boeing 737-400 e dois motores - alegada ilegalidade da incidência do ICMS - Indeferimento da tutela antecipada - Ausência dos requisitos da verossimilhança da tese e do dano de difícil reparação - Recurso não provido.

Embora tenha sido efetuado o recurso próprio, este foi admitido exclusivamente em seu efeito devolutivo. Tendo em vista que as aeronaves se encontram, ainda, pendentes de desembarço, sua cliente, a JET Transportes Aéreos Ltda.

vem tendo constantes vôos cancelados.

QUESTÃO: Elabore medida judicial adequada para pleitear o imediato desembaraço das aeronaves, sem o pagamento do imposto, mesmo antes do julgamento do recurso proposto.

QUESTÕES PRÁTICAS

1. A Indústria Brasileira de Carimbos para Escritórios Ltda., localizada em São Paulo, abriu concorrência entre diversos fornecedores nacionais para o suprimento de material plástico utilizado como insumo em seus produtos. A Indústria Brasileira de Carimbos para Escritórios Ltda. possui apenas clientes em seu Estado. Na data de abertura das propostas, viu-se o departamento de compras diante de quatro ofertas, efetuadas por fornecedores, apontando os seguintes preços:

Fornecedor	Estado de Origem	Preço (R\$)
Plásticos Paulista Ltda.	São Paulo	100
Plásticos Bandeirantes Ltda.	São Paulo	96
Plásticos Carioca Ltda.	Rio de Janeiro	96
Plásticos Potiguar Ltda.	Rio Grande do Norte	90

Tendo em vista exclusivamente os aspectos tributários da questão, informe qual a melhor oferta para a Indústria Brasileira de Carimbos para Escritórios Ltda. e justifique.

2. O Lar dos Idosos da Irmã Teodora, entidade civil sem fins lucrativos, voltada ao amparo aos idosos, mantém um conjunto residencial, ocupado por idosos que, (i) mediante o pagamento de um valor único (lump sum), subsidiado, adquirem o direito de uso do apartamento, em caráter vitalício, sem possibilidade de transferência a terceiros; (ii) mediante o pagamento de alugueres mensais simbólicos, ocupam suas unidades. Havendo unidades vagas, estas são alugadas a terceiros, a valores de mercado, voltando-se a renda à manutenção do conjunto residencial. Os administradores do lar formulam consulta, indagando-lhe: (a) embora tenham ciência de que não haveria imposto de renda sobre os ganhos obtidos na cessão de uso dos imóveis aos idosos, as receitas obtidas no aluguel de unidades, no mercado, também estariam protegidas daquele imposto? (b) incide o IPTU sobre as unidades cedidas a título vitalício? Fundamente.

3. A Comercial Canta Galo S.A. é uma empresa que se dedica ao comércio atacadista de artigos para decoração. Tendo em vista sua projeção de resultados, a sociedade optou pela tributação, para fins do imposto de renda, segundo a sistemática do lucro real. No mês de setembro de 2004, a Comercial Canta Galo S.A. decidiu efetuar uma agressiva política de vendas, efetuando gastos substanciais com a propaganda de seus produtos. Segundo seus cálculos, os gastos assim efetuados teriam seu impacto reduzido, tendo em vista terem os pagamentos sido efetuados a pessoas jurídicas domiciliadas no País, conferindo-lhe, daí, crédito relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Nos termos da legislação em vigor, está correto o raciocínio da Comercial Canta Galo S.A.? Por quê?

4. O Prefeito de determinado município, alertado de que a lei municipal não fixara o prazo para o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, decide, por Decreto, fixar o prazo para trinta dias após o fato gerador. Passados alguns meses e ainda no mesmo exercício, o Prefeito decide alterar aquele prazo, passando a dez dias do fato gerador. Comente, do ponto de vista dos princípios da legalidade e anterioridade, a redução do prazo promovida pelo Prefeito.

CADERNO - TRABALHO

PONTO 1

Tendo sido reclamado, em ação trabalhista, o pagamento de horas extras, adicional de insalubridade e reflexos de tais parcelas em férias, aviso prévio, décimo-terceiro salário e FGTS, acrescido de multa de 40%, a sentença acolhe o pedido de pagamento de adicional de insalubridade, fazendo referência a reflexos apenas em férias e aviso prévio, julgando improcedente o pedido de pagamento de horas extras.

QUESTÃO: Como advogado do empregado, apresente a medida processual cabível, com a devida fundamentação legal.

PONTO 2

O empregado José, dispensado com justa causa, por haver danificado equipamento da empresa, ajuíza ação trabalhista, buscando reverter o fundamento da rescisão contratual, e, em consequência, receber aviso prévio, férias proporcionais e FGTS, acrescido de multa. A empresa, citada para a ação, pretende obter ressarcimento do prejuízo que sofreu.

QUESTÃO: Apresente, como advogado da empresa, a medida processual adequada.

PONTO 3

Em reclamação sujeita ao procedimento sumaríssimo, o empregado obtém o pagamento das diferenças da multa de 40% do FGTS sobre os índices de correção monetária não creditados em sua conta vinculada, decisão que é confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho, quando do julgamento do recurso ordinário da empresa. Buscando reverter a condenação, a empresa apresenta recurso de revista, citando divergência verificada em face de pronunciamento tomado por outro Tribunal Regional do Trabalho, que negou ao empregado direito à diferença da multa de 40% na mesma situação. O recurso de revista é recebido pelo presidente do Tribunal Regional do Trabalho.

QUESTÃO: Apresente, como advogado do empregado, a peça processual adequada na hipótese, indicando o seu fundamento legal.

QUESTÕES PRÁTICAS

1. Compete à Justiça do Trabalho julgar controvérsia relacionada com impugnação ao resultado de eleição em sindicato profissional, sob a alegação de fraude na coleta dos votos? Fundamente.
2. Pode o empregador que enfrenta relevante crise de mercado, alegando força maior, nos termos do art. 501, da CLT, pagar aos empregados dispensados, metade da indenização que seria devida em circunstâncias normais? Por quê? Fundamente.
3. Em ação ajuizada por empregado, com pedido de pagamento de adicional de insalubridade e de equiparação salarial, sendo revel e confesso o reclamado, como deve proceder o juiz? Fundamente.
4. No curso de fiscalização realizada por Auditor Fiscal do Trabalho, verifica-se a existência de trabalhador prestando serviços na empresa sem registro de empregado. Lavrado o auto, a empresa, em defesa administrativa, alega que o trabalhador era autônomo, pelo que não havia necessidade de registro. Como deve ser conduzido o processo administrativo?

GABARITO 2ª FASE

124º EXAME DE ORDEM

GABARITOS - 2ª Fase

CIVIL - PONTO 01

Peça processual - Petição inicial de Interdito proibitório. Detalhes do pedido - a) tendo em vista o princípio da fungibilidade das ações possessórias, seja recebida a inicial como manutenção de posse, se assim entender o Julgador; b) seja designada audiência de justificação prévia, para a necessária produção de prova initio litis; c) seja, após a audiência, concedida a liminar de interdito proibitório; d) seja fixada uma pena cominatória (multa diária), para o caso de ser efetivado o novo esbulho ou a nova turbção anunciada; e) que a citação de Mário seja feita por carta precatória; entre outros pedidos mais comuns, como o da procedência da ação.

CIVIL - PONTO 02

Peça processual - Petição inicial de Ação de Reintegração de Posse. Detalhes do pedido - a) tendo em vista o princípio da fungibilidade das ações possessórias, seja recebida a inicial como manutenção de posse, se assim entender o Julgador; b) seja designada audiência de justificação prévia, para a necessária produção de prova initio litis; c) seja, após a audiência, concedida a liminar de reintegração de posse; d) seja fixada uma pena cominatória (multa diária), para o caso de nova turbação ou novo esbulho; e) que a citação de Mário seja feita por carta precatória; entre outros pedidos mais comuns, como o da procedência da ação.

CIVIL - PONTO 03

Peça processual - Petição inicial de Ação de Manutenção de Posse. Detalhes do pedido - a) tendo em vista o princípio da fungibilidade das ações possessórias, seja recebida a inicial como reintegração de posse, se assim entender o Julgador; b) seja designada audiência de justificação prévia, para a necessária produção de prova initio litis; c) seja, após a audiência, concedida a liminar de manutenção de posse; d) seja fixada uma pena cominatória (multa diária), para o caso de nova turbação ou novo esbulho; e) que a citação de Mário seja feita por carta precatória; entre outros pedidos mais comuns, como o da procedência da ação.

QUESTÕES PRÁTICAS

CIVIL - QUESTÃO 01 - Sim, existe responsabilidade civil por fato jurídico ou por ato jurídico lícito. Nos casos de responsabilidade objetiva independentemente de culpa. No Código Civil, ver art. 927, parágrafo único, que cuida da responsabilidade objetiva (pura) conforme o que estiver especificado em lei (por exemplo, Código Civil no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Meio Ambiente e por Atividades Nucleares); e a responsabilidade objetiva (pura) em razão do risco criado pela atividade do agente, por sua "atividade normalmente desenvolvida", que "implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

CIVIL - QUESTÃO 02 - Sim, pode o cônjuge culpado pela separação judicial pedir alimentos ao cônjuge inocente, quando tiver necessidade dos alimentos e estes forem apenas os "indispensáveis" à sua subsistência, conforme §2º do art. 1.694 do Código Civil. Ver, ainda, o parágrafo único do art. 1.704: "Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência".

CIVIL - QUESTÃO 03 - A pretensão de Antonio procede, pois ele comprou o Sítio São José não "ad corpus", mas "ad mensuram", por que as medidas foram estabelecidas como causa do negócio, que ficou inviabilizado pelo não implemento da condição resolutiva.

Assim, pode Antonio pleitear a resolução do contrato, conforme o caput do art. 500 do Código Civil.

Antonio pleiteou no prazo certo, de um ano a contar do registro do título (art. 501, caput, do Código Civil).

A condição que modificou o negócio de compra e venda foi a resolutiva (o implemento dela inviabilizou o negócio), conforme art. 128 do Código Civil.

CIVIL - QUESTÃO 04 - Não se cuida nem de usucapião nem de servidão, por que a vista para o mar só seria servidão não aparente, se tivesse sido constituída por declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, com subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.378 do Código Civil), com a expressa situação de não edificar no terreno vizinho.

Por outro lado, não sendo, no caso, servidão aparente, não pode ser adquirida por usucapião (art. 1.379 do Código Civil).

Ver Washington de Barros Monteiro, Saraiva, São Paulo, 2003, Direito das Coisas, vol. 3, p. 280.

PENAL - PONTO 01

Peça - Apelação

Endereçamento - Tribunal de Justiça (art. 79, inciso II, a, da Constituição Estadual).

Pedidos: crime único, desclassificação para tentativa de latrocínio e inconstitucionalidade do regime integralmente fechado.

Fundamentos:

Crime único - Existe forte entendimento no sentido de que a morte do co-autor não serve para afirmar a existência de concurso material, por ser ele sujeito ativo e não passivo do crime.

Desclassificação para tentativa de latrocínio - Embora haja súmula do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima" (Súmula 610), poderia ser sustentada a tese de tentativa de latrocínio, aceita em alguns acórdãos, porque não houve a subtração.

Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado - Há posicionamento no sentido de que a fixação de regime integralmente fechado fere a garantia constitucional de individualização da pena. Cuida-se de posição que, no momento, está sendo objeto de especial atenção do Supremo Tribunal Federal, em sua nova composição.

PENAL - PONTO 02

Peça - Habeas Corpus

Endereçamento - Tribunal de Justiça (art. 79, II, d, e da Constituição Estadual).

Pedido - Trancamento da ação penal.

Fundamentos:

Ilicitude da prova colhida em virtude do ingresso na residência sem mandado judicial. No caso, a ilicitude não permitia a acusação porque dizia respeito ao próprio ato de apreensão de documento falso e, portanto, à própria configuração da materialidade do crime.

PENAL - PONTO 03

1ª OPÇÃO:

Peça - Embargos de Declaração

Endereçamento - Juiz de Direito

Pedido - Aplicação do §2º do artigo 155 do CP.

Fundamentos: Há contrariedade entre a parte dispositiva e a fundamentação. O juiz deve ajustar a parte dispositiva à fundamentação, aplicando o §2º do art. 155 do Código Penal. Embora, com isso, a pena venha a ser alterada, boa parte da doutrina admite, nos casos de contrariedade, essa possibilidade. Ainda que haja entendimento contrário à admissibilidade de privilégio no furto qualificado, há também orientação diversa, e, no caso, de qualquer forma, o juiz havia admitido a aplicação do artigo 155, §2º, do Código Penal na fundamentação.

2ª OPÇÃO:

Peça - Apelação

Endereçamento - Petição de interposição ao Juiz de Direito e Razões ao Tribunal de Alçada Criminal (art. 79, inciso II, a, da Constituição Estadual).

Pedido - Aplicação do §2º do artigo 155 do CP.

Fundamentos: Embora não fosse o remédio mais expedito e indicado, poderia ser admitida a apelação, principalmente porque, segundo entendimento diverso do exposto na primeira opção, não poderia haver alteração de pena por meio de embargos de declaração. Como já referido na 1ª opção, ainda que haja entendimento contrário à admissibilidade de privilégio no furto qualificado, há também orientação diversa, e, no caso, de qualquer forma, o juiz já havia admitido a aplicação do artigo 155, §2º, do Código Penal na fundamentação.

QUESTÕES PRÁTICAS

PENAL - QUESTÃO 01 - As provas poderão ser apresentadas em qualquer fase do processo, desde que a lei não disponha de forma contrária. Esta é a regra geral. Contudo, no procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri, há duas ressalvas a essa possibilidade: a primeira ocorre no momento das alegações previstas no art. 406, §2º, do Código de Processo Penal; e a segunda no momento do julgamento em plenário, conforme disposto no art. 475 do Código de Processo Penal.

Em relação à primeira, a restrição é justificada em face da natureza da decisão de pronúncia, de admissibilidade de encaminhamento da causa a julgamento em plenário, e em razão da possibilidade posterior de juntada de documentos antes do julgamento em plenário. Quanto à segunda, justifica-se a proibição da apresentação de documentos em data muito próxima ao julgamento, ou durante este, para evitar surpresa às partes, impedindo-se o pleno exercício do contraditório.

PENAL - QUESTÃO 02 - Em benefício do condenado, poderá levar-se em conta a detração penal, prevista nos artigos 42 do Código Penal ("Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior").

Segundo entendimento jurisprudencial, assinalado por Mirabete (Execução Penal, Ed. Atlas, tópico 3.17), tem-se admitido a detração por prisão ocorrida em outro processo, em que logrou o réu a absolvição, quando se trata de pena por outro crime anteriormente cometido.

PENAL - QUESTÃO 03 - A aceitação, ou não, de prisão preventiva obrigatória envolve a admissibilidade, ou não, de prisão que não tenha natureza cautelar. A tendência da doutrina é aceitar apenas a prisão cautelar, ou seja, a prisão que é necessária em face de circunstâncias do caso concreto, porque, assim, estaria sendo observado o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). A prisão preventiva obrigatória representaria simples antecipação de pena, sendo o acusado tratado, antes de decisão definitiva, como se fosse culpado.

Contudo, como boa parte da jurisprudência admite prisões não cautelares, apesar do referido princípio constitucional da presunção de inocência, deveria ser visto se a nova disposição seria aplicável aos processos em andamento. A regra é de que a norma processual tem aplicação imediata, atingindo processos em andamento. Contudo, parte da doutrina considera que, nos casos de prisão, como está envolvida a liberdade, seja por aplicação de princípios constitucionais de proteção à liberdade, seja por aplicação do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, só deveria ser aplicada aos novos crimes, ou, pelo menos, aos novos processos.

PENAL - QUESTÃO 04 - A frase correta, de acordo com o artigo 22 do Código Penal, aplicável ao caso, seria: "A coação moral **irresistível**, como causa excludente da **culpabilidade**, ocasiona, sempre, a absolvição do coato, só sendo punível o coator".

A coação moral pode ser irresistível ou resistível.

Quando irresistível, a coação moral exclui a culpabilidade em relação ao coato, sendo punido apenas o coator. Neste caso, como há um resquício de vontade na conduta do coato, o crime subsiste. Existindo crime, não há que se falar em exclusão da tipicidade. Trata-se, como dito, de causa excludente da culpabilidade.

A coação resistível, por sua vez, não causa a exclusão da culpabilidade, sendo o coato punido. Neste caso, a coação serve apenas como atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, c, primeira parte, do Código Penal.

TRIBUTÁRIO - PONTO 01

Instrumento: Contra-Razões de Recurso Extraordinário, dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, com petição de encaminhamento, dirigida ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conteúdo: (i) falta de prequestionamento: o acórdão recorrido não versa sobre o mérito de o contribuinte dedicar-se a outras atividades, além da exportação de livros; (ii) no mérito, alegar que o laminado de polímero de polipropileno, ou filme BOPP, é material assimilável a papel, integrando-se a este e adquirindo sua natureza, assegurando-se, daí, a imunidade do art. 150, VI, D, da Constituição Federal.

TRIBUTÁRIO - PONTO 02

Instrumento: Contra-Razões de Recurso Especial, dirigidas ao Superior Tribunal de Justiça, com petição de encaminhamento, dirigida ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Conteúdo: (i) falta de prequestionamento: o acórdão recorrido não versa sobre o pretendido caráter geral da legislação trabalhista; (ii) no mérito, alegar que a gorjeta não é receita do Hotel da Manhã, mas apenas remuneração dos seus empregados (sujeita aos tributos próprios: imposto de renda na fonte e contribuição ao INSS) e que a base de cálculo do PIS e Cofins inclui apenas as receitas do contribuinte. Afastar o argumento da especialidade da lei tributária, tendo em vista que a relação de especialidade exigiria que os dois diplomas legais versassem sobre a mesma matéria; in casu, o diploma tributário não alcança as verbas trabalhistas. Quanto à prescrição, alegar que o entendimento do STJ é que o prazo de prescrição de cinco anos somente começa a contar a partir da data da homologação do pagamento e que, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional, o prazo para requerer a restituição dos pagamentos indevidos será de cinco anos da extinção do crédito tributário. No tocante à taxa Selic, afirmar que sua incidência é matéria de lei (art. 39, parágrafo 4º da Lei 9.250/95)

TRIBUTÁRIO - PONTO 03

Instrumento: Medida cautelar ajuizada, perante o Superior Tribunal de Justiça, pela JET Transportes Aéreos Ltda. em face da Fazenda do Estado de São Paulo, visando a conferir efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Conteúdo: Alegar estar presente o requisito do fumus boni juris, tendo em vista que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar no. 87/96. Salientar a presença do periculum in mora, pautado no risco de prejuízo irreparável a que estaria sujeita, em face da retenção da aeronave e conseqüente cancelamento de vôos.

QUESTÕES PRÁTICAS

TRIBUTÁRIO QUESTÃO 01: Como a Indústria Brasileira de Carimbos para Escritórios Ltda. efetua vendas apenas para clientes de seu estado, vê-se que suas saídas são tributadas pelo ICMS à alíquota de 18%. Assim, ao calcular o efetivo custo de um insumo, a Indústria Brasileira de Carimbos para Escritórios Ltda. deve considerar o montante de crédito de ICMS sobre suas aquisições, já que esse será compensado com o devido no momento de suas saídas. Temos, assim, os seguintes valores líquidos de ICMS:

FORNECEDOR	PREÇO (VALOR DA NOTA)	CRÉDITO DE ICMS	PREÇO LÍQUIDO DO ICMS
Plásticos Paulista Ltda.	100	18 (18% 100)	82
Plásticos Bandeirantes Ltda.	96	17,28 (18% de 96)	78,72
Plásticos Carioca Ltda.	96	11,52 (12% de 96)	84,48
Plásticos Potiguar Ltda.	90	10,80 (12% de 90)	79,20

Tendo em vista a tabela acima, a melhor oferta é a de Plásticos Bandeirantes.

OBS: Serão aceitos erros algébricos, desde que inequívoca a compreensão do raciocínio jurídico.

TRIBUTÁRIO QUESTÃO 02: (a) A imunidade se estende às unidades alugadas a terceiros. É o que dispõe a Súmula 724 do STF: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades. (b) sobre as unidades cedidas, não incide o IPTU, já que o Lar mantém a propriedade (não transferida pelo contrato de uso), aplicando-se a imunidade da entidade de assistência social.

TRIBUTÁRIO QUESTÃO 03: Não está correto: O art. 3º da Lei 10.833/2003 arrola as hipóteses em que se conferem créditos. No caso de serviços, vê-se que, de regra, eles somente darão direito a crédito se utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados a venda. No caso, os serviços não se relacionam com a produção, não dando direito a crédito.

TRIBUTÁRIO QUESTÃO 04: (a) Legalidade: não se estende ao prazo para recolhimento do tributo, já que o art. 97 do CTN não estende o princípio à questão do prazo e o art. 160 deixa claro que o prazo é matéria da "legislação tributária", não da lei. (b) anterioridade: A Súmula 669 do STF pacificou o entendimento de que norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

TRABALHO - PONTO 01

A peça processual a ser apresentada corresponde ao recurso de embargos de declaração, previsto no art. 897-A, da CLT, e art. 353, do CPC, diante da omissão verificada na sentença, que não se pronunciou sobre o reflexo do adicional de insalubridade em décimo-terceiro salário e FGTS, acrescido de multa de 40%.

TRABALHO - PONTO 02

A peça processual a ser apresentada corresponde à reconvenção, prevista no art. 315, do CPC, e compatível com o processo do trabalho. Na reconvenção a empresa deverá postular a condenação do empregado no pagamento do dano por ele causado.

TRABALHO - PONTO 03

A peça processual a ser apresentada corresponde às contra-razões de recurso de revista, nos termos do art. 900, da CLT. Na petição deverá o advogado sublinhar o não cabimento do recurso de revista, fundado em divergência jurisprudencial com acórdão de Tribunal Regional, diante do que dispõe o art. 896, § 6º, da CLT, discutindo, em seguida, o acerto da decisão recorrida, amparada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

QUESTÕES PRÁTICAS

TRABALHO - QUESTÃO 01 - Não. A controvérsia não envolve dissídio entre empregado e empregador, mas sim dissídio entre associados de sindicato, competindo à Justiça Comum Estadual decidi-la.

TRABALHO - QUESTÃO 02 - Não. Dificuldade econômica constitui risco do negócio. O empregador é o responsável por esses riscos e não pode transferi-los ao empregador.

TRABALHO - QUESTÃO 03 - Diante do pedido de pagamento de adicional de insalubridade, a revelia do reclamado não leva ao imediato encerramento da instrução processual, impondo a necessidade de realização de perícia. Assim, cabe ao juiz nomear perito, para elaboração de laudo.

TRABALHO - QUESTÃO 04 - Diante da negativa de existência de relação de emprego, o processo administrativo deve ser sobrestado, encaminhando-se o auto à Justiça do Trabalho, para que seja tomada decisão a respeito da alegação feita pela empresa.