

## OAB/MT - Exame de Ordem 01/2006 - 2ª fase - 07 de maio de 2006

### Prova de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho

#### I - PEÇA

Onassis retirou-se da sociedade da empresa Bariloche Ltda. em 1º de agosto de 2000, sendo que a alteração contratual foi devidamente arquivada na Junta Comercial em 02 de outubro de 2000. Em 02 de maio de 2006, o ex-sócio da referida empresa teve os valores de sua conta-salário bloqueados por ordem judicial, oriunda da reclamação trabalhista movida pelo empregado Napoleão, proposta em 21 de outubro de 2002 em face da empresa Bariloche, considerada revel no processo. O ex-sócio da empresa desconhecia a referida ação trabalhista, vez que não recebeu qualquer notificação ou intimação, razão pela qual não compareceu à audiência. Às fls. 50 dos autos comprova-se que pessoa estranha à empresa Bariloche recebeu a notificação e que esta fora endereçada incorretamente.

Como advogado(a) de Onassis, elabore a medida judicial cabível.

Síntese da resposta esperada: deverá ser ajuizada ação de embargos de terceiro com pedido de medida liminar, nos termos dos artigos 1046 e seguintes do CPC. Deve-se argüir, preliminarmente, a nulidade de citação (CPC, art. 741). No mérito, deveram ser alegadas a impenhorabilidade do salário (CPC, art. 649) e a ausência de responsabilidade de Onassis (CC, art. 1032), ante o princípio da subsidiariedade (CLT, arts. 8º, parágrafo único, e 769).

#### II - QUESTÕES

(1) Péricles trabalha numa empresa em que a hora extraordinária, por força de norma coletiva, é remunerada com 100% (cem por cento) a mais do que a hora normal. A partir de fevereiro de 2006, Péricles teve o seu intervalo intrajornada reduzido, de forma ilegal, pela empregadora. Inconformado com a situação, o empregado vai ao seu escritório e quer saber qual é o percentual que deverá ser acrescido ao pagamento do período do intervalo intrajornada que foi suprimido. Formule, de forma fundamentada, uma resposta para Péricles.

Síntese da resposta esperada: deve ser aplicado ao caso o § 4º do artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 8.923/94, ou seja, a remuneração do período do intervalo intrajornada deve ser acrescida de 50% (cinquenta por cento). Esse entendimento é o consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 307 da SDI-1. A previsão da norma coletiva deve ser aplicada apenas às horas extras e não pode ser estendida ao intervalo intrajornada.

(2) Alguns empregados da empresa NAPA utilizam veículos dela para o trabalho e, também, em suas folgas, fins de semana e férias. Como consultor jurídico da empresa NAPA, verifique se a hipótese caracteriza ou não salário "in natura". Fundamente.

Síntese da resposta esperada: o veículo fornecido para o trabalho não tem natureza salarial. O fato de a empresa autorizar seu uso pelo empregado também em suas folgas, fins de semana e

férias não modifica a natureza jurídica do bem assim fornecido. Não constitui salário-utilidade veículo fornecido por liberalidade do empregador, cuja vontade não se

dirige à melhor remuneração do empregado, visando tão-somente a permitir que este desenvolva de forma mais eficiente as funções para as quais foi admitido. Entendimento esse pacificado na Súmula nº 367 do TST.

(3) Quais os efeitos dos recursos no processo do trabalho? Fundamente.

Síntese da resposta esperada: em regra, os recursos trabalhistas possuem somente o efeito devolutivo (artigo 899, CLT). A Lei nº 7.701/88, art. 9º, e a Lei nº 10.192/01, art. 14, permitem que o Presidente do TST conceda efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto em face da sentença normativa prolatada pelo TRT, pelo prazo improrrogável de 120 dias, contados da publicação, salvo se o recurso for julgado antes do término do prazo.

(4) Quais os títulos extrajudiciais que podem ser executados no processo do trabalho? Fundamente.

Síntese da resposta esperada: acordo firmado perante a comissão de conciliação prévia e o termo de ajuste perante o Ministério Público do Trabalho, conforme artigos 625-E, parágrafo único, e 876 da CLT.

(5) Sob o fundamento de que inexistente autenticação mecânica do banco na guia de recolhimento recursal, houve por bem o juiz prolator da sentença julgar deserto o recurso, apesar de constar na referida guia o carimbo do banco recebedor. Qual a fundamentação jurídica para reformar a decisão denegatória?

Síntese da resposta esperada: em face dos princípios da razoabilidade, da instrumentalidade e da finalidade dos atos processuais, a ausência de autenticação mecânica do valor pelo banco recebedor na guia de recolhimento do depósito recursal não deve impedir que a parte tenha sua pretensão apreciada, sob pena de ofensa aos artigos 244 do CPC e 5º, LV, da Constituição Federal, se referida guia contém outros elementos identificadores do efetivo depósito recursal em nome do empregado beneficiário. O carimbo do banco recolhedor supre a ausência de autenticação mecânica. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 33 da SDI-1 do TST.

## **Prova de Direito Civil e Processual Civil**

### **I - PEÇA**

João, Pedro, José e Paulo herdaram um centenário hotel em Cuiabá.

Acontece que João e Paulo resolveram modificar a fachada do hotel e construir novos quartos. Para tanto contrataram Luiz, que deu início ao trabalho.

Pedro e José promoveram ação de manutenção de posse com pedido de liminar em face de João, Paulo e Luiz, afirmando, em síntese, que: não autorizaram e, por isso mesmo, não desejam a alteração da fachada do hotel, nem a construção de novos quartos; tentaram convencer Luiz a desistir de realizar o trabalho, mas este se mostrou irredutível; são os únicos proprietários do hotel, pois nele residem há mais de vinte anos, com o consentimento de João e de Paulo.

O juiz designou audiência de justificação e indeferiu o pedido de liminar requerido pelos autores, intimando as partes de sua decisão no dia 28 de abril de 2006.

Como advogado de João, de Paulo e de Luiz, elabore a medida judicial cabível.

Síntese da resposta esperada: os réus devem contestar, alegando: a) preliminarmente: a.1) a falta do interesse de agir, devido a inadequação, pois a via processual adequada seria a ação de nunciação de obra nova (CPC, art. 934, II); a.2) a ilegitimidade passiva ad

causam de Luiz; a.3) a ausência de notificação prévia; b) no mérito: b.1) a impropriedade de se discutir domínio em ação possessória; a.2) a ausência de posse que justifique usucapião; b.3) a necessidade da realização da obra.

## II - QUESTÕES

(1) DURVALINO move ação de indenização por danos morais em face de VINICIUS. No curso do processo o réu veio a falecer, o que provocou a alteração do pólo passivo, com a habilitação dos seus sucessores, nos termos do artigo 1056, I, do Código de Processo Civil. Três anos após o trânsito em julgado da sentença, SEBASTIÃO QUEIROZ, um dos filhos do falecido, pretende tomar providências para ilidir a condenação. Considerando que, à época, ele não foi citado, mas, sim, um homônimo seu, que medida deve ser sugerida a SEBASTIÃO QUEIROZ?

Síntese da resposta esperada: considerando-se que faltou a citação de um dos litisconsortes necessários, a sentença é totalmente ineficaz (art. 47, caput, e parágrafo único do CPC), não ocorrendo a triangularização processual. Destarte, a medida apropriada é a ação declaratória de inexistência da relação processual e, por consequência, da sentença e da coisa julgada.

(2) LUIZ move ação de despejo por falta de pagamento em face de ELIAS. Considerando que a relação material está regulada por contrato escrito, indique os elementos representativos da teoria da substanciação no exemplo em tela.

Síntese da resposta esperada: os elementos são causa de pedir remota (o contrato, origem da vinculação material) e a causa próxima (inadimplemento contratual, falta de pagamento).

(3) HERÁCLITO é proprietário de uma unidade residencial em edifício de apartamentos construído e habitado há mais de dez anos, localizado em luxuoso bairro da Capital mato-grossense. Por um lapso em sua organização pessoal, HERÁCLITO deixou em aberto a prestação condominial com vencimento em 15 de janeiro de 2005. Ao proceder ao pagamento, deu-se conta de que incidiria multa na razão de 20% (vinte por cento) da prestação. É possível a imposição de multa nessa proporção? Justifique sua resposta.

Síntese da resposta esperada: trata-se de questão controvertida que comporta dois entendimentos: (1) Não é possível, pois o Novo Código Civil limitou a multa em 2% da prestação - § 1º do Art. 1136; (2) É possível, pois o Novo Código Civil não tem o condão de alterar as convenções condominiais já estatuídas quando de sua entrada em vigor, devendo preservar o ato jurídico perfeito.

Obs.: os dois entendimentos serão avaliados, porém a pontuação somente será integral se houver referência a ambos.

(4) CLEÓPATRA é casada pelo regime legal de bens com NAPOLEÃO BONAPARTE desde 16 de junho de 2004. Ciente do recebimento de herança deixada por seu pai, CLEÓPATRA renuncia à herança.

Resposta: como deverá se dar a renúncia? É necessário o consentimento de NAPOLEÃO BONAPARTE para a validade de referida renúncia? Justifique.

Síntese da resposta esperada: a renúncia de herança é ato solene que demanda escritura pública ou termo judicial. Como a herança é equiparada aos bens imóveis (art. 80, II, NCC) e é assemelhada à alienação faz-se imprescindível o consentimento de NAPOLEÃO nos termos do artigo 1647, I, NCC, que pode ser suprido pelo juiz nos termos

do artigo 1648 do NCC.

(5) PITÁGORAS, cuiabano de 50 anos de idade, procura SÓCRATES, conceituado médico mato-grossense, para exame de próstata rotineiro. Verificado o câncer, PITÁGORAS é submetido à cirurgia e em razão dela torna-se impotente sexual. Se você for procurado por PITÁGORAS para uma consulta jurídica acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente SÓCRATES, qual será a sua orientação como advogado? Fundamente.

Síntese da resposta esperada: no caso em tela temos uma relação de consumo. Conforme prescreve o § 4º do artigo 14 do CDC, a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva. Nesse caso trata-se de obrigação de meio, por isso devemos identificar a conduta culposa do médico, nas modalidades de imprudência, imperícia ou negligência, o que ensejaria prova pericial, além da comprovação do dano e do nexo causal. Nesse sentido, é aconselhável a prévia apreciação do caso por médico habilitado que inclusive poderá atuar como assistente técnico em futura demanda judicial.

## **Prova de Direito Penal e Processual Penal**

### **I - PEÇA**

ARAB foi indiciado como incurso nas penas do artigo 213, caput, do Código Penal, combinado com o artigo 224, letra 'a', também do Código Penal, e 9º da Lei nº. 8.072/90, porque teria mantido conjunção carnal com LOLITA, de apenas 12 anos de idade, que aquiesceu com a prática do ato sexual.

O inquérito foi instaurado a pedido da mãe da vítima, que se declarou pobre. Na ausência de perito oficial, médico da comarca foi nomeado para o exame de conjunção carnal, tendo constatado ruptura himenal recente. A vítima, sua mãe e uma vizinha (que ouviu da vítima o relato do ocorrido) foram ouvidas pela autoridade policial.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra ARAB, mantendo a capitulação dada pelo Delegado de Polícia. Na instrução criminal foram ouvidas apenas as testemunhas arroladas na defesa prévia, que falaram sobre o caráter do réu, que sempre negou a prática do crime, uma vez que as testemunhas arroladas na denúncia não foram encontradas.

A sentença julgou procedente o pedido formulado na denúncia, fixando a pena da seguinte forma: “Considerando a culpabilidade do réu, normal à espécie; os maus antecedentes, indicados pela folha de antecedentes, que apontam já o indiciamento em dois inquéritos policiais por crimes de furto, apesar da pouca idade - 19 anos; a personalidade distorcida, típica dos criminosos sexuais; nada pode ser dito sobre a conduta social; as circunstâncias do crime, praticado contra adolescente; as conseqüências do delito, consubstanciadas no trauma causado à vítima, fixo a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão. Os autos não registram agravantes nem atenuantes. Tendo em vista a causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei nº. 8.072/90, aumento a pena em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, tornando-a definitiva em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Estabeleço o regime integralmente fechado para cumprimento da pena, com base no artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90”.

O réu e seu defensor foram intimados da sentença no dia 03 de maio de 2006.

Adote a medida adequada, como advogado de ARAB.

Síntese da resposta esperada: interposição do recurso de apelação, explorando as seguintes teses: (a) falta de prova da materialidade, tendo em vista que o auto de conjunção carnal foi assinado por um só perito não oficial; (b) impossibilidade de condenação baseada em prova produzida exclusivamente no inquérito policial, eis que as pessoas ouvidas no inquérito policial que embasou a denúncia não depuseram em Juízo; (c) excesso na fixação da pena base; (d) não consideração da atenuante da menoridade; (e) impossibilidade de aplicação do artigo 9º da Lei nº. 8.072/90 no crime de estupro com violência presumida, segundo majoritária orientação dos tribunais pátrios; (f) inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

## II - QUESTÕES

(1) Considerando o Direito Penal positivo brasileiro, é possível afirmar que o conceito de reincidência específica tem relevância jurídica? Justifique.

Síntese da resposta esperada: tem relevância jurídica, sim, haja vista o que dispõe o artigo 83, inciso V, do Código Penal, assim redigido: “cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

(2) Os crimes de mera conduta admitem o arrependimento eficaz? Justifique.

Síntese da resposta esperada: o arrependimento eficaz está previsto no artigo 15 do Código Penal e se configura quando o agente que, voluntariamente, impede que o resultado se produza, respondendo somente pelos atos já praticados. Os crimes de mera conduta não admitem o arrependimento eficaz, que só é possível nos crimes materiais, que exigem um resultado naturalístico.

(3) É típica a conduta de diretor de hospital público, que exige do paciente pagamento adicional pelos serviços prestados, destinando o valor assim obtido à Associação dos Médicos daquele hospital? Justifique.

Síntese da resposta esperada: a ação descrita enquadra-se no artigo 316 do Código Penal, que prevê o delito de concussão, assim redigido: “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

(4) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) faz parte do ordenamento jurídico brasileiro? Justifique, esclarecendo, em caso positivo, se se trata de norma constitucional ou infraconstitucional.

Síntese da resposta esperada: a referida convenção faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido promulgada pelo Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992, da Presidência da República. Trata-se de norma infraconstitucional, ressalvada correntes doutrinárias minoritárias.

(5) O julgamento do crime de furto, de alguma forma, pode submeter-se à competência do Tribunal do Júri? Motive a sua resposta.

Síntese da resposta esperada: em princípio, o Tribunal do Júri detém a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados e consumados, enquanto que, se houver outro delito conexo, esse fato atrairá a competência, fazendo a exceção, que é

referida no Código de Processo Penal em seu artigo 78, inciso

## **Prova de Direito Tributário**

### **I - PEÇA**

Em 10 de fevereiro de 2006, a empresa FARIAS COMERCIAL LTDA., situada em Cuiabá / MT, recebeu lançamento referente à cobrança da Taxa de Funcionamento, cujo prazo para pagamento expira em 30 de maio de 2006. Inconformada com o elevado valor e pelo fato de que não poderá exercer suas atividades sem o pagamento da referida taxa, a empresa questionou a cobrança. Em resposta ao contribuinte, o Fisco Municipal informou que a taxa em questão havia sido instituída pela Lei Complementar nº. 115/2006 (lei fictícia) e que o valor devido havia sido calculado em consonância com o artigo 10 dessa lei, que tem o seguinte teor: “a base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel e para a obtenção deste deverão ser considerados os valores do metro quadrado da edificação”.

Como advogado da empresa FARIAS, adote a medida judicial cabível.

Síntese da resposta esperada: candidato deverá elaborar petição inicial de mandado de segurança com pedido de medida liminar, com fundamento no artigo 5º, LXIX, e Lei 1533/51. Na causa de pedir devem ser invocadas a ofensa ao princípio da anterioridade, pois a Lei Complementar nº. 115 é do mesmo ano da cobrança do tributo (artigo 150, III, “b”, CF), e a inconstitucionalidade da citada lei, em razão da base de cálculo ser própria de impostos e não guardar relação alguma com o custo despendido pelo Poder Público, com base nos artigos 145, II, e § 2º do mesmo artigo, da Constituição Federal e 77 do Código Tributário Nacional. Também deve ser aventada a tese da impossibilidade de taxa de funcionamento sem qualquer exercício do Poder de Polícia (artigo 145, II, CF).

Obs.: outras peças poderão ser corrigidas, desde que eficazes para solucionar o problema apresentado.

### **II - QUESTÕES**

(1) A empresa COLOSSO é prestadora de serviços e fatura em média R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) por mês. Sua despesa é de aproximadamente 5% (cinco por cento) do faturamento. Com base nesses dados, SILVA, sócio da referida empresa, formula consulta, querendo saber: (a) Qual a melhor forma de tributação para essa empresa: lucro real, presumido ou arbitrado? Por quê? (b) Por quais razões as outras formas de tributação devem ser descartadas? (c) Qual a melhor forma para distribuição dos lucros? Por quê?

Síntese da resposta esperada: a melhor forma de tributação para essa empresa é pelo lucro presumido, porque está dentro do limite permitido e sua despesa é pequena comparada com o faturamento. A tributação por lucro arbitrado deve ser descartada, porque essa forma é feita pela fiscalização. A tributação pelo lucro real deve ser descartada, porque seria mais onerosa para o contribuinte. A empresa, apesar de escolher o lucro presumido, deveria manter toda escrituração fiscal de acordo com os critérios exigidos pelo lucro real e assim distribuir os lucros sem ônus adicionais para os sócios.

(2) ORESTES, casado em regime de comunhão parcial de bens, faleceu deixando 2 (dois) herdeiros, esposa e um patrimônio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que foi adquirido durante a constância de seu matrimônio. Esse patrimônio é composto de 3 (três) imóveis situados em Cuiabá, no valor de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em depósitos bancários, na agência de Cuiabá do BANCO FINANCEIRO. Que tributo deverá ser pago nesse caso? Considerando a alíquota de 2% (dois por cento), monte a regra-matriz de incidência tributária e depois explique o quantum debeat.

Síntese da resposta esperada: será pago o imposto sobre transmissão 'causa mortis'. A regra-matriz será assim constituída: (a) critério material: herdar bens ou direitos; (b) critério espacial: em qualquer lugar do Estado de Mato Grosso; (c) critério temporal: momento do óbito; (d) critério quantitativo: base de cálculo: 50% (cinquenta por cento) do patrimônio elencado; alíquota: 2% (dois por cento); (e) critério pessoal: sujeito ativo: Estado de Mato Grosso; sujeitos passivos: os herdeiros. Logo, o quantum debeat será R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

(3) A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, obtida mediante a concessão de medida liminar em mandado de segurança, implica na suspensão do prazo prescricional para o Fisco? Fundamente sua resposta.

Síntese da resposta esperada: a concessão de medida liminar em mandado de segurança constitui uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário, mencionada expressamente no inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, reitera-se o entendimento de que a suspensão do crédito tributário não tem o condão de suspender o prazo prescricional para o Fisco. A única hipótese de suspensão do prazo prescricional para o Fisco decorre do disposto pelo parágrafo único do artigo 155 do CTN. Deve-se afirmar que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede a constituição do crédito e nem suspende o prazo prescricional para a sua cobrança, mesmo porque o Fisco poderá ainda se valer do protesto judicial para interromper o prazo de prescrição e salvaguardar seu direito de ação.

(4) Por que o instituto da compensação, no direito tributário, depende de lei autorizativa? Justifique sua resposta.

Síntese da resposta esperada: por se tratar de modalidade extintiva da obrigação tributária, tendo como objeto bem jurídico indisponível (o tributo), eis que pertencente à Administração Pública (sujeita ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos), deve-se dizer que todas as modalidades extintivas da obrigação tributária deverão ser disciplinadas por meio de lei (como também afirmam os artigos 97 e 170 do Código Tributário Nacional). Não bastasse isso, a lei autorizativa é necessária, porque as autoridades competentes para exigir o tributo também deverão ater-se aos ditames da lei, em razão de que somente poderão deixar de exigir o crédito tributário sob a estrita observância dos termos da lei, pois a atividade administrativa é vinculada. Note-se, por fim, que a lei autorizativa é necessária por observância à competência tributária outorgada constitucionalmente ao ente político competente para instituir o tributo. Pela mesma ordem, somente quem tem competência para criar é que pode autorizar e disciplinar a extinção do crédito por meio da compensação, obedecendo ao imperativo constitucional da legalidade tributária.

(5) O recebimento de dívida de jogo pode compor hipótese de incidência tributária?

Justifique.

Síntese da resposta esperada: o recebimento de dívida de jogo pode compor a hipótese de incidência do imposto de renda, pois o fato do recebimento de dívida de jogo pode ser considerado ilícito para certos fins de direito, porém é irrelevante para fins de tributação do imposto sobre a renda. O que importa para tributação desse imposto são os efeitos produzidos pelo fato ilícito, especialmente o acréscimo patrimonial que resultou do adimplemento da dívida de jogo.

Exame OAB Mato Grosso 1º Exame 2ª Fase 2006