

DIREITO DO TRABALHO - 25 DE MAIO DE 2003

PEÇA PROCESSUAL

Fabrcio Tabajara, brasileiro, divorciado, empresrio, CPF n^o 45.234.123-01, residente na Rua Tresquartos n^o 76, Bairro Santa Rosa, Cuiab-Mt, era deputado estadual desde 1990 e mantinha escritrio poltico na cidade de Cceres (MT), com dois empregados, o Chefe do Escritrio, Sr. Ariovaldo Combuca, e o Secretrio, Sr. Armede Viola, ambos admitidos em 02/01/1996, o primeiro percebendo R\$ 1.000,00 por ms, e o segundo, R\$ 500,00.

Por ocasio do processo eleitoral, o deputado, que era candidato a reeleio, autorizou Ariovaldo Combuca contratar 20 cabos eleitorais, para a regio da Grande Cceres-MT, ao valor quinzenal de R\$ 200,00 por cabo eleitoral, contratao esta efetuada ao prazo de 04/07/2002 a 04/10/2002; jornada de trabalho das 14:00 s 22:00 horas, com uma de intervalo; um dia de folga por semana; e, nos dias de comcios, arrastoes e passeatas/carreatas a jornada poderia se estender o quanto necessrio, mediante compensao no dia seguinte.

No dia 03/10/02, por volta das 22 horas, ao saber do fracasso eleitoral noticiado pelos ltimos boletins do TRE, o deputado demitiu seus dois empregados e fechou o escritrio. Dia seguinte, quando os cabos eleitorais foram ao escritrio para receber as verbas rescisrias e o saldo contratual relativo s duas ltimas quinzenas, encontraram o mesmo fechado e um aviso na porta, informando que o candidato no iria pagar a mais ningum, em face da derrota, atribuindo todo o seu fracasso a ineficincia e culpa dos cabos eleitorais.

Como advogado de um dos cabos eleitorais (CARLOS ESCOBAR, brasileiro, casado, CPF 01.321.432-54, residente e domiciliado na Rua Vitria n^o 16, Cceres-MT), voc ingressou com a competente ao judicial, na Justia competente, onde demonstrou e requereu a declarao de inconstitucionalidade do art. 100 da Lei n^o 9.504/97, demonstrou a configurao da relao de emprego, e, ainda, requereu todos os direitos trabalhistas devidos. Transcreva a pea processual.

Dados do advogado: Nome: Advogado; OAB/MT n^o 9999, escritrio profissional s Rua Margarida, 222, Jardim Primavera, Cuiab-MT.

**LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997.
Estabelece normas para as eleições**

Art. 100. A contratação de pessoal para prestação de serviços nas campanhas eleitorais não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes.

PADRÕES DE RESPOSTA ESPERADOS

PEÇA PROCESSUAL

Espera-se a elaboração de uma Reclamação Trabalhista, contendo os requisitos do art. 282 do CPC, com a seguinte estruturação:

- a) dirigida ao Juiz do Trabalho da Vara de Cáceres (MT):
- b) qualificação das partes;
- c) descrição dos fatos
- d) fundamentos jurídicos: caracterização da relação de emprego - contrato de trabalho por prazo determinado (art. 3º e § 2º do art. 443 da CLT) e arguição da inconstitucionalidade do art. 100 da Lei nº 9.504/97, com indicação expressa dos dispositivos constitucionais contrariados.
 - d-1) focalizar os traços formadores da relação de emprego (art. 3º combinado com o § 2º do art. 443 da CLT)
 - d-2) defender que os trabalhadores contratados por políticos também possuem direitos trabalhistas, diante do princípio da isonomia tratado no caput d art. 5º. da Constituição Federal;
 - d-3) denunciar que a Lei nº 9.504/97, versando sobre normas eleitorais, jamais poderia tratar de matéria vinculada ao Direito do Trabalho;
 - d-4) ou seja, desenvolver argumentação suficiente para concluir que o art. 100 dessa lei viola os artigos 5º, 7º, 8º. 9º. 10 e 11, dentre outros, da Constituição Federal, pois sua casuística privilegia a classe política em detrimento dos direitos dos trabalhadores;
- e) após argumentar/fundamentar, pedir declaração, por sentença, da

inconstitucionalidade do art. 100 da Lei nº 9.504/97 e, em consequência, pedir, também, declaração de relação de emprego, por prazo determinado;

f) em seguida, apresentar e fundamentar os pedidos decorrentes ao contrato de trabalho por prazo determinado, dentre os quais:

f-1) registro da CTPS, de acordo com o art.29 da CLT;

f-2) recolhimento do FGTS, conforme art. 15 da Lei nº 8.036/90, no valor estimado de R\$;

f-3) pagamento do saldo de salário correspondente às duas últimas quinzenas, no valor de R\$ 400,00;

f-4) pagamento das verbas rescisórias, compreendendo 13º proporcional a 3/12 avos, no valor de R\$ 100,00, e férias proporcionais a 3/12 avos, acrescidas de 1/3, perfazendo R\$ 133,33;

f-5) recolhimento do FGTS sobre verbas rescisórias, no valor de R\$ 18,66;

f-6) multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, no equivalente a R\$ 400,00;

f-7) multa prevista no art. 467 da CLT;

g) requerimento para citação do reclamado;

h) provas a serem produzidas; e,

i) valor da causa.

QUESTÕES PRÁTICAS:

1. Maria foi contratada pela empresa prestadora de serviços XX para trabalhar como auxiliar de produção na indústria de alimentos ZT. Após três anos de serviços ininterruptos, Maria e outros 15 colegas chegaram para trabalhar e se depararam com um aviso na porta da indústria de que todos os empregados da XX estariam dispensados devendo procurar seus direitos. Sabendo que o único contato que os empregados possuíam era com o escritório da XX que funcionava nas dependências da empresa ZT, discorra sobre a natureza jurídica da responsabilidade da empresa ZT.

QUESTÕES PRÁTICAS:

Questão 1. Espera-se que o candidato discorra brevemente sobre o fenômeno da terceirização ressaltando o conceito de atividade-meio e atividade fim, para concluir que o enunciado da questão nos revela uma terceirização ilícita, posto que a atividade da empregada está claramente inserida no núcleo empresarial. Caracterizada a ilicitude, o ordenamento jurídico impõe que a empresa tomadora dos serviços seja considerada empregadora real, responsabilizando-se com todo o ônus de uma relação empregatícia. (Enunciado 331 do TST)

2. Determinado motorista de táxi lotação propõe reclamação trabalhista contra o proprietário do carro, pleiteando o pagamento de verbas trabalhistas em decorrência da relação de emprego que alega existir. Contestando, o proprietário e ora reclamado, além de juntar contrato de arrendamento, faz prova que, pelo arrendamento, percebia do reclamante quantia fixa, não havendo, portanto, exigência de cumprimento de horário ou quilometragem. Dê o seu parecer sobre a controvérsia.

Questão 2. Na resposta deverá o candidato indicar que o contrato de arrendamento, por si só, não gera presunção absoluta de inexistência de relação de emprego e que muitas vezes, a substituição do contrato de trabalho pelo de arrendamento caracteriza burla à lei, sendo, em consequência, nulo conforme art. 9º da CLT.

Na situação focalizada, no entanto, além do contrato de arrendamento existir, estão ausentes os pressupostos da relação empregatícia: o reclamado recebia uma quantia fixa pelo arrendamento do veículo; não pagava qualquer remuneração ao reclamante; nem tinha interesse quanto ao cumprimento de horário ou da produção deste, exigências que poderiam ensejar a subordinação.

Dessa maneira, improcedente a reclamação trabalhista por ausência de relação empregatícia.

3. Numa reclamação trabalhista, intimados na mesma data de sentença parcialmente procedente, a parte “**A**” opôs embargos de declaração no 4º dia e a parte “**B**” interpôs recurso ordinário no 8º dia. Posteriormente, os embargos foram parcialmente acolhidos, apenas para prestar esclarecimentos e solucionar contradições apontadas pela embargante, sendo ambas as partes intimadas desta decisão, na

mesma data. A parte “A” interpôs recurso ordinário no último dia do prazo recursal, enquanto que a parte “B”, que já havia adotado a medida anteriormente, não praticou outro ato processual por entender desnecessário. Observadas as disposições do CPC e da CLT sobre a prática e os prazos dos atos processuais, discorra sobre a intempestividade prematura, identificando se ocorrera esse incidente em algum dos recursos das partes.

Questão 3. O questionamento foi: “discorra sobre a intempestividade prematura”.

Espera-se que o candidato discorra sobre INTEMPESTIVIDADE PREMATURA (ou seja, ato processual praticado antes de iniciado o prazo para a sua realização), observando as disposições dos artigos 538, 177, 184, 240 e 242 do CPC, chegando-se à conclusão que o recurso ordinário interposto por “B” seria, em tese, intempestivo.

Observações: O questionamento não foi para o candidato responder se os recursos são ou não são tempestivos ou intempestivos. Visou aferir o conhecimento do candidato sobre atos processuais praticados fora dos prazos. Por isso, mesmo que a resposta aponte outra conclusão não neutralizará o critério de avaliação, desde que demonstrado o conhecimento sobre a indagação.

4. Reclamada interpõe Recurso de Revista em face de acórdão prolatado em Recurso Ordinário. Foram recolhidos as custas e o valor integral do depósito recursal, tempestivamente. Todavia, a parte recolheu o depósito recursal em guia DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais). Não obstante isso, o Tribunal Regional admitiu a revista, intimando a parte para contra-razoar. Como advogado do reclamante, de que argumentos se valeria para impedir juízo positivo de admissibilidade pela instância superior?

Questão 4. De acordo com o § 4º do art. 899 da CLT e do item 5.2 da Instrução Normativa nº 15 do TST, o depósito recursal deve efetivado em conta vinculada do FGTS, aberta para este fim específico, mediante GRE. No caso em foco, a recorrente não cumpriu essa formalidade. Como advogado do reclamante argüiria a deserção do recurso, por ausência de depósito recursal.

5. Para garantia do juízo, o Banco Delta, executado, nomeou à

penhora Carta de Fiança Bancária de sua própria emissão. Como advogado do exeqüente, ao ser intimado da nomeação, qual o principal argumento para rejeição da penhora?

Questão 5. Pela regra do art. 818 do Código Civil, a fiança pressupõe três pessoas distintas: o credor, o devedor-afiançado e o fiador. A Carta de Fiança focalizada na questão é de emissão do próprio Banco, ou seja o devedor é o próprio fiador.

Por conseguinte, o principal argumento para rejeição da Carta de Fiança seria a impossibilidade jurídica de uma mesma pessoa ser, ao mesmo tempo, devedora-afiançada e fiadora.

A Orientação Jurisprudencial nº 59 da SDI-2, do TST, ao equiparar a carta de fiança bancária a dinheiro, para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 655 do CPC, o faz dentro de sua configuração tríplice, e não de carta de fiança do próprio devedor.

Direito Civil e Processual Civil
PROVA APLICADA EM 25/05/2003
PEÇA PROCESSUAL

Carlos Lavrador, brasileiro, agricultor, casado sob o regime da comunhão universal de bens com **Joana Maria Lavrador**, brasileira, do lar, residente em Cuiabá-MT, na Rua Brasil, 200, Centro, adquiriu, uma área de terras rurais mediante escritura pública outorgada em data de 02 de maio de 2003, por **André Barbosa**, brasileiro, empresário, casado sob o regime da comunhão universal de bens com **Cacilda Barbosa**, brasileira, do lar, residentes e domiciliados em Juína-MT, na Rua da Saudade, 130, Centro.

A área de terras descrita e especificada no contrato é a seguinte: Uma área de terras medindo 2.000 (dois mil) hectares, a ser destacada de área maior pertencente a **André Barbosa**, situada na Gleba Santiago, no Município de Juína-MT, com as seguintes divisas e confrontações: ao Norte com a área de André Barbosa, a Oeste com a área de André Barbosa, ao Sul com o Rio São Jerônimo, a Leste com a área de Alberto Batista.

O preço do imóvel constante da escritura é o seguinte: R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por hectare, pago à vista pelo comprador.

No dia 12 de maio de 2003, após pagar integralmente o preço, receber a escritura pública de compra e venda do imóvel e efetivar o registro

na matrícula do imóvel, o comprador tomou posse da área de terras rurais adquirida.

Ao tomar posse da área adquirida o comprador solicitou a um agrimensor que realizasse a medição da área e constatou que a área de terras entregue a ele pelo vendedor tem apenas 1.880 hectares. Não houve solução extrajudicial do problema.

O candidato deve formular a peça processual adequada em favor de Carlos Lavrador contendo todos os fundamentos jurídicos a amparar a medida judicial a ser ajuizada, observando os requisitos processuais pertinentes à espécie.

Para não identificar a prova, o candidato deve anotar a OAB/MT nº 9999, escritório profissional à Rua Margarida, 222, Jardim Primavera, Cuiabá-MT.

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

Espera-se do candidato a elaboração de uma petição inicial de uma ação cível pelo rito ordinário, denominada pela doutrina de ação “ex empto” ou “ex vendito”, destinada a assegurar o direito dos adquirentes de pleitearem a complementação da área ou o abatimento do preço.

O candidato deverá inserir na petição inicial a fundamentação do direito material do comprador do imóvel obter a complementação da área quando se trata de venda “ad mensuram”.

QUESTÕES PRÁTICAS:

1) O artigo 513 do Código de Processo Civil dispõe que: “*Da sentença caberá apelação (artigos 267 e 269).*” Pergunta-se: Interposto o recurso de apelação contra a sentença e antes dos autos serem encaminhados ao Tribunal Competente, é possível ao juiz singular (o mesmo que proferiu a sentença) “voltar atrás”, reformando ou anulando a sua decisão? Justifique e fundamente a resposta.

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

Sim, é possível. Em regra não se admite juízo de retratação em recurso de apelação, devendo serem os autos remetidos ao Tribunal Competente para o conhecimento da matéria impugnada, apreciação e julgamento de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, podendo reformar ou anular a sentença

(artigo 515, § 1º do CPC). Contudo, o artigo 296 do Código de Processo Civil admite, como exceção, o juízo de retratação do juiz singular quando a petição inicial for indeferida (artigo 295 do CPC). A decisão que indefere a petição inicial é uma sentença sem julgamento de mérito (artigo 267, I do CPC), cujo o recurso cabível é a apelação. Interposto o recurso, em face dessa sentença, faculta-se ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), reformar a sua decisão (artigo 296 do CPC) - competência diferida do juiz de primeiro grau. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao Tribunal Competente. Essa competência conferida ao Juiz ocorre em razão da economia processual. É como se fora o Tribunal a apreciar o recurso de apelação.

2) O M.M Juiz de Direito do Juizado Especial do Bairro Morada da Serra proferiu sentença nos autos de n. 200/2003 julgando procedente todos os pedidos do autor. As partes tomaram ciência da r. sentença. Inconformada, a parte vencida interpôs recurso, no último dia do prazo legal, antes do encerramento do expediente bancário. No entanto, a recorrente protocolou o recurso sem efetuar o seu devido preparo. Qual a consequência para a recorrente?

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

Padrão de resposta esperado: Não haverá nenhuma consequência, desde que no prazo de 48 (quarenta e oito) horas seguintes

à interposição do recurso, a recorrente comprove o recolhimento do preparo, conforme dispõe o artigo 42, § 1º da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). O sistema de preparo nos juizados especiais é diferente do descrito no artigo 511 do CPC (preparo imediato). Não o fazendo, dentro do prazo determinado, será considerado deserto o recurso interposto.

3) Um determinado menor, pessoa relativamente incapaz, realiza diversas compras de produtos em uma grande loja de departamentos, utilizando-se dos serviços de compras pela Internet, disponibilizados no *site* da aludida loja. Ao preencher seus dados cadastrais, exigidos no *site*, o menor se declara como pessoa maior, quando prestou a informação quanto a sua idade, então questionada pela loja entre os dados cadastrais. Confirmando, seu interesse quanto às compras, o

menor optou pelo pagamento das mesmas mediante a emissão de boletos bancários. Diante da sua inexperiência, o menor constata que os produtos que comprou não terão mais a utilidade e satisfação que outrora imaginou que os produtos lhe proporcionariam. Indaga-se. O menor, no presente caso, invocar a sua idade para eximir-se da obrigação por si assumida no negócio jurídico? Fundamente a resposta.

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

A resposta é negativa (art. 180 do Código Civil). Em que pese a disposição contida no artigo 171, I, do Código Civil, estabelecer que será anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente, o caso em apreço mostra-se necessário observar o exercício da situação jurídica em contradição ao comportamento assumido anteriormente pelo agente. É a proibição estabelecida na locução *venire contra factum proprium*, onde traduz a análise da vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade. O legislador, observando a boa-fé do outro contratante impede que o mesmo sofra o dano, vedando que o menor se prevaleça de sua própria ação maliciosa para assim tirar proveito de um ato ilícito. É essa a inteligência contida no artigo 180 do Código Civil, “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obriga-se, declarou-se maior.”

4) Em ação de petição de herança ajuizada em maio de 2003, o autor da ação postula em face do réu o reconhecimento do direito a sua quota-parte na herança que fora apropriada indevidamente pelo réu no mês de abril do ano de 1990. Indaga-se: Observando as normas legais relativas à prescrição é correto afirmar que a ação aforada pelo autor encontra-se prescrita ? Fundamente a resposta.

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

A resposta é negativa (art. 205 e 208 do Código Civil). A ação em questão não encontra-se alcançada pela prescrição. A ação de petição de herança encontra-se prevista no artigo 1824 do Código Civil. Tal ação não possui prazo de prescrição previsto pela legislação vigente. Por força do artigo 205 do

Código Civil, “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Tal dispositivo legal reduziu o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, então estabelecido pelo artigo 177 do Código Civil de 1916. Em que pese a ordem legal preconizada no artigo 205 do Código Civil em uma primeira análise levar a crer que a ação em voga encontra-se prescrita, o intérprete deve observar a norma contida no artigo 2028 do Código Civil vigente, que estabelece que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por esse Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

5) Maria é viúva de João, falecido em 20 de abril de 2003, e pretende habilitar-se no inventário para receber a parte que lhe cabe no patrimônio do “*de cujus*”. Maria casou-se com o “*de cujus*” sob o regime da comunhão parcial de bens e o mesmo deixou bens particulares. Maria tem quatro filhos com o “*de cujus*”. Indaga-se: Maria poderá postular uma parte do patrimônio do “*de cujus*”? Se positiva a resposta, quais os requisitos necessários para o reconhecimento de seu direito no inventário? Qual a quota-parte de Maria no referido patrimônio?

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO:

Maria poderá postular a sua habilitação como herdeira necessária, em concorrência com os quatro filhos-herdeiros, nos termos do disposto no artigo 1829, I, do Código Civil.

Para figurar como herdeira Maria deverá demonstrar os seguintes requisitos: 1) que casou-se com o “*de cujus*” sob o regime da comunhão parcial de bens; 2) que o “*de cujus*” deixou bens particulares; 3) que manteve o estado de casada até o falecimento do “*de cujus*”; 4) que não estava separada de fato do “*de cujus*” há mais de dois anos ou, se separada de fato há mais de dois anos, que a separação ocorreu sem a sua culpa (art.1830, CC).

Na qualidade de herdeira, caberá a Maria uma quota não inferior à quarta parte da herança, nos termos do disposto no artigo 1832 do Código Civil.

PENAL

Prova realizada em 25/05/03

PEÇA PROCESSUAL

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso através da vestibular acusatória atribuiu a **CONSTATINO BOAVENTURA** a prática de tentativa de homicídio qualificado por emprego de meio que impossibilitou a defesa do ofendido (CP, 121, § 2º, IV), perpetrado por instrumento perfuro cortante (arma branca) em face de **VESPASIANO MÁVENTURA**, por fato ocorrido em 09/junho/1991, na localidade de Laranjeiras, termo da Comarca de Montes Belo - MT, cuja ação penal foi autuada sob o n.º 250/96.

Por ocasião de sua qualificação e interrogatório em 04 de dezembro de 1995 perante a autoridade policial (fls. 27), Constantino Boaventura declinou o endereço da própria residência para a sua localização, qual seja, **Rua Belo Horizonte, Quadra 05, lote 05, Bairro Colinas Verdejantes, Montes Belo - MT**, sendo o imóvel de propriedade de seu pai.

A eminente Magistrada Dr^a Fernanda Souza as fls. 55 da Ação Penal 250/96 recebeu a denúncia na forma posta em juízo e determinou a expedição do Mandado de Citação (fls. 57, 62, 63) para Constantino Boaventura tomar conhecimento da imputação que lhe foi endereçada, bem como comparecer em Juízo as 17:00 horas do dia 27 de fevereiro 1997 para ser interrogado, onde constou no mandado o endereço de residência **“Rua Belo Horizonte, Q. 05, lote 05, Bairro Colinas Verdejantes, Montes Belo - MT”** (sic.), aquele que declinado por ocasião do interrogatório na Polícia.

O Meirinho de posse do Mandado de Citação realizou a diligência e certificou o seguinte (fls. 27):

“Eu, Oficial de Justiça deste juízo, certifico que de posse do presente mandado judicial, da primeira Vara Criminal desta Comarca de Montes Belo, extraído dos autos de Ação Penal N.º 250/96, dirigi-me ao bairro Colinas Verdejantes, nesta cidade, e não encontrei à rua Belo Horizonte, e nenhuma informação obtive sobre o réu, Constantino Boaventura, Razão pela qual não foi possível citá-lo. O referido é verdade e dou fé. (sem grifo no original)

M. Belo/MT, 27 de Janeiro de 1997.

OFICIAL DE JUSTIÇA”

A par dessa certidão noticiando que a citação de Constantino Boaventura estava frustrada por não ter sido encontrado a Rua Belo

Horizonte no bairro Colinas Verdejantes, bem como o não comparecimento do mesmo no dia 27/02/97 para ser interrogado, nova data foi designada, agora para 04/abril/1997, as 16:00 horas, determinando a MM. Juíza que fosse dado conhecimento a Constantino Boaventura através da citação por edital (fls. 65).

Em virtude do não comparecimento de Constantino Boaventura, na audiência do dia 04/abril/1997, quando já havia sido devidamente **citado por edital**, foi lhe decretada a revelia e nomeado Defensor na pessoa do Ilustre Procurador do Estado que oficiava perante o Juízo da Primeira Vara Criminal no exercício das atribuições de Defensor Público (fls. 69).

Realizado o sumário de culpa, sendo arroladas as mesmas testemunhas declinadas pelo órgão Ministerial, Constantino Boaventura foi pronunciado (fls. 119/122), e por ter sido considerado revel (“encontrar-se em lugar incerto e não sabido”) teve a prisão por pronúncia de que fala o artigo 408, § 1.º, do Código de Processo Penal, decretada, bem assim determinado que fosse empreendidas as necessárias diligências para a sua captura (fls. 122).

As folhas 124/125 foi expedido o mandado de intimação para comunicar a Constantino Boaventura que contra ele havia uma sentença de pronúncia com prisão decretada, cujo endereço para a sua localização constante do mandado era: Rua Belo Horizonte, Quadra 05, lote 05, Bairro Colinas Verdejantes, Montes Belo/MT, sendo o mandado cumprido nesse endereço.

O Ministério Público apresentou o Libelo-crime Acusatório (fls. 128/129) e pugnou pela imediata captura de Constantino Boaventura (fls. 129), sendo este intimado no mesmo endereço acima para tomar conhecimento da referida peça processual (Libelo).

Expedido o Mandado de prisão (fls. 131) para prender e recolher o Constantino Boaventura e colocá-lo a disposição do Juízo da 1.ª Vara Criminal, o que foi levado a efeito **em 20 de maio de 2003** em sua residência e conduzido à Delegacia Municipal de Montes Belo, onde aguarda preso (na tranca) a data de 23/agosto/2003, ocasião em que será levado a julgamento perante o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da comarca de Montes Belo - MT.

Na qualidade de advogado de CONSTATINO BOAVENTURA, e a luz dos elementos contidos no enunciado, elabore a peça processual pertinente e adequada, apresentando argumentos fáticos e jurídicos que possam dar ao Acusado a sua liberdade de volta, indicando o caminho e os fundamentos legais para tanto.

Dados do advogado: Nome: Advogado; OAB/MT nº 9999,

escritório profissional à Rua Margarida, 222, Jardim Primavera, Cuiabá-MT.

PADRO DE RESPOSTA RESPERADA

PEÇA PROCESSUAL

Apresentação de uma peça de Habeas Corpus endereçada ao Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, argüindo a nulidade absoluta do processo, a partir da citação editalícia, e pedindo liminar para que Constantino Boaventura seja posto imediatamente em liberdade, e por consequência, a renovação de todos os atos a partir do vício; ou apresentação de pedido nos próprios autos, pelos mesmos fundamentos.

Parâmetros para fundamentação:

a) impugnação da certidão de 27/01/97 do Oficial de Justiça que alegou não haver encontrado o endereço do réu, certificando a impossibilidade de localização do endereço constante dos autos.

b) emissão de juízo sobre a essencialidade da citação válida, uma vez que sem ela a relação processual não se aperfeiçoa e, como consequência, gera a nulidade absoluta do processo;

c) argumentação acerca do devido processo legal e da garantia do contraditório e da ampla defesa, como pressupostos de liberdade e garantia fundamental prevista na Constituição Federal (LIV e LV da CF e Decreto nº 678/92 que ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos);

d) focalizar as contradições flagrantes entre a certidão que informa não existir o endereço com as demais certidões informando que o Acusado foi encontrado naquele mesmo endereço, justificando que não pode redundar em prejuízo para o réu, principalmente porque a citação por edital, medida de exceção, deve ser feita se provado que o citado se oculta deliberadamente para não ser encontrado, não sendo o caso dos Autos 250/96;

e) desenvolver argumentos persuasivos na conclusão, por não ter tido o Senhor Oficial de Justiça o cuidado de diligenciar por outros meios a fim de localizar o réu no endereço declinado as folhas 27 do Feito 250/96, pugnando pela declaração de nulidade do processo, com reabertura da instrução criminal, possibilitando a Constantino Boaventura ser devidamente interrogado e, gozar da plenitude de defesa, e ainda de se defender a tempo da acusação que lhe é imputada.

f) indicação de fontes doutrinária e de jurisprudencial pertinentes

à matéria.

Pedido:

a) concessão de liminar para o fim de expedir o competente Alvará de Soltura e sobrestar o andamento da ação até decisão final do presente *Writ*;

b) declaração de nulidade da relação jurídico-processual a partir da citação renovando todos os atos subseqüentes.

QUESTÕES PRÁTICAS

Com base no enunciado, resolva as questões 1 e 2:

A desfere um golpe de faca no peito de B, objetivando matá-lo. A facada, no entanto, atinge a carteira que B carregava no bolso, não penetrando profundamente no seu corpo, provocando-lhe ferimentos não suscetíveis de colocar sua vida em risco. Partindo deste fato, qual a responsabilidade penal de A, levando-se em conta os seguintes acontecimentos posteriores:

Questão 01

a) B, a caminho do hospital em uma ambulância, começa a vomitar em conseqüência da perda de sangue, terminando por asfixiar-se com o próprio produto do vômito, vindo a falecer (resposta justificada);

b) B terminou por falecer um pouco antes de receber alta, sufocado pelo gás carbônico proveniente de um incêndio ocorrido no hospital (resposta justificada);

Resposta Questão 01

a) A segunda causa (vômito em razão da perda de sangue, causando a morte de B por asfixia) situa dentro do desdobramento normal da causa original, de modo que A responde pelo crime de homicídio.

b) A segunda causa (incêndio ocorrido no hospital, que causou a morte de B) é uma concausa superveniente que, por si só,

produziu o resultado, porque B independente do fato viesse a motivar a sua ida ao nosocômio, seria vítima do incêndio lá existiu e lhe deu causa a sua morte, de tal sorte que A responde pelo crime de tentativa de homicídio.

Questão 02

- a) B terminou por falecer, após uma cirurgia bem sucedida, em virtude de uma infecção hospitalar (resposta justificada);
- b) B terminou falecendo no hospital, após uma cirurgia bem sucedida, em virtude de uma infecção ocasionada pelo ferimento (resposta justificada).

Resposta Questão 02

a) causa sucessiva (morte em virtude infecção hospitalar) está na linha de desdobramento físico ou anatomopatológico do resultado da ação, apresentando-se no curso do tratamento, daí porque não tem o condão de afastar a imputação, neste aspecto, de homicídio a A (RT 731/605)

b) Responde o agente pelo resultado morte se a segunda causa estiver dentro do desdobramento físico da primeira. In casu, está presente a causa relativamente independente que não exclui a imputação, porque a infecção hospitalar está inserida na corrente causal primitiva, respondendo A pelo crime de homicídio.

Questão 03

3) CONVERSAMOLE, mecânico, analfabeto, natural do interior do Pernambuco, e residente em Cuiabá há pouco mais de um ano, foi processado por infração ao artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 6368/76. No curso da instrução criminal ficou demonstrado o seguinte: que CONVERSAMOLE, ao ser procurado por policiais militares que investigavam notícia anônima de furto, no local onde estava trabalhando, foi encontrado com algumas folhas secas que aos policiais pareceram ser de *cannabis sativa*, também conhecida como "maconha"; que CONVERSAMOLE declarou usar aquela erva, que conhecia pelo nome de "Quindim", como chá, em casos de distúrbios estomacais, informando ter alguns pés da erva plantados em sua casa; que efetivamente foram apreendidos, no quintal de CONVERSAMOLE, sete pés de *cannabis sativa*. Também ficou

demonstrado que CONVERSAMOLE sequer era fumante e desconhecia qualquer outra aplicação para aquela erva que cultivava, embora soubesse que maconha era droga de consumo proibido.

Diante da prova coligida, O Ministério Público pediu a condenação de CONVERSAMOLE. Como deve se manifestar o Advogado de Defesa na fase de debates da audiência de instrução e julgamento?

Resposta Questão 03

Observa-se do conjunto probatório que a erva apreendida era conhecida como “quindim”, e tinha o fim específico de combater distúrbios estomacais, através da utilização via oral de chá produzido com as suas folhas, e nada mais.

Assim sendo, CONVERSAMOLE deve ser absolvido da pesada imputação de cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica, porque ausente o dolo, vontade livre consciente de cultivar planta de maconha, além de desconhecer que a planta se trata de maconha.

Com efeito, o dolo deve abranger a consciência e a vontade do agente a respeito dos elementos objetivos do tipo, de tal modo que o dolo será excluído se o agente desconhece ou se engana a respeito de um dos elementos da definição legal do tipo penal.

Ante o exposto e a luz do total desconhecimento a respeito da natureza da planta, conhecida por “quindim”, cujo destino era o preparo de chás para correção de distúrbios estomacais, impõe a absolvição por erro de fato, nos termos do artigo 20, *caput*, do Código Penal.

Questão 04

"A", sabendo estar contaminado por moléstia venérea e desejando transmitir sua doença a terceiros, pratica estupro contra "B", moça virgem.

Pergunta-se:

Existiu concurso de crimes na hipótese ou o crime mais grave (estupro

- art. 213 do Código Penal) absorveu o de menor gravidade (art. 130, § 1º, do Código Penal)?

Em tendo existido concurso de crimes, qual o aplicável à espécie?

Qual regra será utilizada na aplicação da pena de "A"? Resposta justificada.

Resposta Questão 04

I - Está presente o concurso formal imperfeito de crimes, de modo que o crime de perigo de contágio venéreo subsiste juntamente com o crime de estupro.

II - O concurso de crimes aplicável à espécie é o concurso formal imperfeito, ante os desígnios autônomos de A, porque o mesmo, com o fim específico de transmitir moléstia venérea, se valeu da violência ou grave ameaça para constranger moça virgem a manter relação sexual, praticando dois crimes com uma só conduta.

III - A regra para a aplicação da pena será o cúmulo material (soma-se as penas dos dois crimes), porque A desejava, com autonomia, vários resultados.

Questão 05

O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito segue um modelo (ou concepção) garantista. O que caracteriza esse modelo?

Resposta Questão 05

Segundo a concepção garantista, o titular do bem jurídico deve não só estar protegido contra ataques de terceiros, mas também contra ataques do próprio Estado. O bem jurídico tem que está protegido pelo Direito Penal e ante o Direito Penal.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Prova realizada em 25/05/03

QUESTÕES PRÁTICAS

QUESTÃO 01

A imunidade tributária consagrada no art. 150, VI, "d" da Constituição Federal de 1988 é "finalística", isto é, visa proteger um determinado bem da vida, eleito pela Constituição Federal como relevante. Que fim é esse colimado pela norma constitucional? Ela alcança o chamado "livro eletrônico" (*veiculado em CD-Room, disquetes, internet*)? Justifique e fundamente a sua opinião.

RESPOSTA

Na primeira resposta, grassa na doutrina e na jurisprudência, opinião unânime quanto ao objetivo colimado pela imunidade consagrada no artigo 150, IV, "d" da Constituição Federal, que se destina a incentivar a produção de cultura, a divulgação de informação, enfim, a dar efetividade a um dos princípios fundamentais da República, que é a liberdade de expressão.

Quanto à segunda pergunta, esperava-se que o candidato expusesse a sua opinião, de forma fundamentada, pois ainda remanesce a celeuma sobre a extensão ou não da imunidade constitucional aos chamados "livros eletrônicos".

Serão consideradas tanto as opiniões favoráveis à aplicação da imunidade constitucional aos livros editados em instrumentos não-convencionais (*Cd-room, e-book, etc...*), com apoio na tese de que a imunidade, por objetivar a defesa da liberdade de expressão, se aplica a qualquer veículo de transmissão de idéias, como também, se admitirá a resposta diametralmente contrária a essa, no sentido de que a imunidade claramente se refere aos meios convencionais de produção de informação (*editados em papel*), visto que o próprio texto constitucional se refere ao "papel destinado à sua impressão", ou seja, o que será valorado é a capacidade de argumentar do candidato, num ou noutro sentido.

QUESTÃO 02

A lei 9.964/2000, que criou o REFIS - programa de recuperação fiscal de débitos federais, estabelece em seu artigo 2º, § 6º que :

Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

(...)

§ 6º Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>, a inclusão, no Refis, dos respectivos débitos, implicará dispensa dos juros de mora incidentes até a data de opção, ***condicionada ao encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação.***

Estas condições impostas (*desistência de ações tramitando e renúncia ao direito de ação*) ferem o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal? Por que?

RESPOSTA

Nesta questão mais uma vez se abre um leque de oportunidades para o candidato, pois apenas quanto a primeira parte da questão é que existe posição firme da jurisprudência no sentido de entender que a exigência aposta na lei do REFIS, de desistência das ações em curso, nada mais é do que condição imposta na transação efetuada entre as partes, vale dizer, a União ao oferecer ao contribuinte a possibilidade de renegociar a sua dívida, parcelando-a, impõe condições para a formulação desta “transação”, não se mostrando ilegal tal exigência.

Contudo, no que concerne, à renúncia ao direito de ação, a opinião doutrinária e jurisprudencial é vacilante, admitindo-se aqui a argüição de lesão ao princípio da inafastabilidade da via judicial.

QUESTÃO 03

O ISSQN - imposto sobre serviços de qualquer natureza, tem origem no artigo 156, III da CF 88, que qualifica como fato gerador do tributo qualquer prestação de serviços, com exceção daquelas sujeitas à incidência do ICMS (*transporte interestadual e intermunicipal e telecomunicações*). Questiona-se: o serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet está sujeito à tributação pelo ISSQN? Explique e justifique a sua resposta, levando em consideração a lista de serviços constante na lei Complementar 56/87.

RESPOSTA

Outra vez demonstra-se aberto o campo de oportunidades aos

candidatos, visto que, neste caso existem opiniões sustentando a sujeição dos serviços de acesso à internet ao ICMS (*Decreto de São Paulo*) pois nada mais seriam que “serviço de comunicação”, conforme previsto pela CF 88, no artigo 155, II; também há argumentos em dissonância com essa opinião, sustentando que o serviço de acesso apenas disponibiliza a conexão com a rede mundial de computadores, não se confundindo com o serviço de telefonia, que apenas viabiliza essa conexão. Argumentam, outrossim, que é possível o acesso à internet sem a discagem telefônica, mas sempre se mostra necessária a vinculação a um provedor, o que caracteriza a diferença dos serviços, que não seriam passíveis de tributação alguma, pois esse serviço não está definido na LC 56/87, e sendo a lista de serviços taxativa (*opinião majoritária da jurisprudência*) não poderia ser tributado pelo ISSQN.

QUESTÃO 04

A edificação do Parque urbano Mãe Bonifácia ocasionou uma verdadeira explosão do mercado imobiliário nas redondezas, atijando a cobiça de vários setores da sociedade cuiabana. Esta construção poderia motivar a cobrança de contribuição de melhoria dos donos de imóveis circunvizinhos? Quem teria competência para instituir tal tributo? Qual a base de cálculo possível desta exação? Resposta justificada.

RESPOSTA

O fato gerador do tributo denominado contribuição de melhoria, sem dúvida alguma, ocorreu no caso retratado, razão pela qual poderia sim ser instituído pelo ente político responsável pela obra pública que importou em valoração imobiliária, ou seja, o Estado de MT.

Em caso de instituição de contribuição de melhoria, a base de cálculo possível sempre será a diferença entre o valor do imóvel antes e depois da obra, isto é, o *quantum* valorado pela obra.

QUESTÃO 05

A Emenda Constitucional 3/93, acrescentou o § 7º ao artigo 150 da Carta Magna, criando o chamado regime de substituição tributária. Abstraindo a discussão sobre a constitucionalidade do instituto,

responda se no caso da “substituição tributária para frente” o substituto e o substituído tributário possuem legitimidade para pleitear a devolução de imposto recolhido indevidamente? A regra do artigo 166 do CTN aplica-se a estes casos? Fundamente.

RESPOSTA

A discussão se encerra pela leitura do artigo 10 da LC 87/96, que prevê expressamente a possibilidade do substituído tributário ajuizar ação requerendo a repetição de indébito, mesmo que não prove ter suportado o encargo do tributo. Com referência ao substituto, a opinião é totalmente diversa, isto é, a não ser nas hipóteses do artigo 166 do CTN, não pode o substituto (por não ser o real contribuinte do tributo) questionar o recolhimento indevido.

PEÇA PROCESSUAL

A diretoria da empresa “Cielo”, detentora da maior fatia de mercado das chamadas TVs por assinatura no Brasil, foi autuada, após regular processo administrativo, pela Prefeitura Municipal de Cuiabá (onde possui a sua sede), que está lhe cobrando o ISSQN sobre a prestação de serviços aos seus assinantes, no período de março/2000 à janeiro/2002.

Em que pese ter se defendido nas instâncias administrativas, alegando não ser contribuinte do imposto por prestar serviço não abrangido pela incidência da norma do artigo 156 da CF, a teor do que dispõe o artigo 155, II da Carta Magna, a empresa restou vencida em seus argumentos, o que acarretou na inscrição do débito na dívida ativa do Município, em 16/12/2002, no importe de R\$ 980.000,00.

A empresa foi notificada da referida inscrição em 14/01/2003, e contra tal ato não se insurgiu, sendo que atualmente o processo encontra-se na Procuradoria Fiscal do Município para ajuizamento da competente ação de execução fiscal.

Você foi procurado pela empresa, que pretende se defender, antes do ajuizamento da ação executória, evitando, com isso, a constrição judicial de seus bens. Tome a medida judicial cabível, abordando o mérito da questão.

PADRÃO DE RESPOSTA ESPERADO

No caso em tela poderia o contribuinte manejar ação declaratória de inexistência de relação jurídica ou ação anulatória de débito fiscal, questionando o lançamento fiscal, alegando não ser contribuinte do imposto sobre serviços, primeiro porque a teor do que dispõem os artigos 4º do Código Brasileiro de Telecomunicações e 2º da Lei 8977/95, os serviços de televisão por assinatura (DTH-*direct to home*) são serviços de telecomunicação, e por isso mesmo, sujeitos à incidência de ICMS.

Outra opção colocada em favor do candidato, seria a alegação de que apesar de ser prestação de serviço, por não estarem previstos tais serviços na lista definida pela LC 56/87, não poderia o município cobrar-lhe o imposto, face à taxatividade da aludida lista de serviços.