



PROVA OAB 2007.1

COMENTÁRIOS À PROVA DE DIREITO PENAL

QUESTÃO 44

Não há vedação expressa à liberdade provisória no diploma legal conhecido como:

- a) Estatuto do Desarmamento.
- b) Lei sobre o tráfico ilícito de drogas.
- c) Lei Maria da Penha.
- d) Lei das Organizações Criminosas.

RESPOSTA: C

COMENTÁRIOS:

Item A: ERRADO. O art. 21 do Estatuto do Desarmamento veda expressamente a liberdade provisória especificamente em relação a três crimes: posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18).

Item B: ERRADO. Também há vedação expressa à liberdade provisória em relação a alguns crimes previstos na Lei 11.343/06, segundo disposto no art. 44 do referido diploma legal. Segundo esse artigo, os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 não admitem a liberdade provisória.

Item C: CORRETO. Dentre os diplomas indicados nessa questão, a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) é única que não traz nenhuma vedação expressa à liberdade provisória.

Item D: ERRADO. Segundo o art. 7º. da Lei n. 9.034/95 (Lei de combate às organizações criminosas), não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

QUESTÃO 46

Assinale a opção correta acerca do direito penal:

- a) O delito de corrupção de menores prescinde da efetiva corrupção do menor, bastando, para a sua configuração, a prova de participação do inimputável em crime juntamente com agente maior de 18 anos.
- b) Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, em sua forma simples, não configuram modalidades de crime hediondo.
- c) O crime de denúncia caluniosa dispensa a ciência, pelo agente, da inocência do acusado.
- d) No caso de crime cometido no âmbito de uma empresa, o simples fato de o réu ser administrador da empresa autoriza a instauração de processo criminal pelo crime, mesmo se não

restar comprovada a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa.

RESPOSTA: A

COMENTÁRIOS:

Item A: CORRETO. Realmente, a orientação do STJ é de o crime corrupção de menores, previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/54, é delito formal, isto é, a sua caracterização dispensa a comprovação de efetiva corrupção do menor, sendo suficiente a demonstração de que o menor praticou conduta criminosa na companhia de maior de 18 anos. Nesse sentido: STJ - REsp 852716; REsp 853350; HC 57805.

Item B: ERRADO. Segundo o entendimento atual e consolidado dos tribunais superiores (confirmado pela doutrina), os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são delitos hediondos EM TODAS AS SUAS FORMAS, simples ou qualificada, com violência real ou presumida.

Item C: ERRADO. O crime de denunciação caluniosa consiste na conduta de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (CP, art. 339). O delito só existe na forma dolosa, e, como se percebe claramente na sua descrição típica, o dolo deve incluir necessariamente a consciência de que a vítima é inocente da acusação que se formula contra ela.

Item D: ERRADO. Não se admite a formulação de denúncia genéricas, pelo que se conclui que a simples condição de sócio, gerente ou administrador da empresa não é suficiente para a inclusão de seu nome em uma denúncia por crime praticado no âmbito da empresa. Deve ser demonstrada e minimamente descrita a efetiva participação do agente, sob pena de inviabilizar o exercício do direito à ampla defesa. Nesse sentido: STJ – HC 40005; HC 67530; HC 57213.

QUESTÃO 48

Assinale a opção correta acerca do direito penal:

- a) Constitui, em tese, delito contra as relações de consumo colocar no mercado refrigerantes em condições impróprias para consumo.**
- b) O ordenamento jurídico permite a concessão de indulto aos condenados por homicídio qualificado.**
- c) O benefício da comutação de pena é ato privativo e discricionário dos congressistas, a quem compete estabelecer os requisitos a serem preenchidos pelos sentenciados.**
- d) A circunstância de estar a arma muniçada ou não é relevante para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo.**

RESPOSTA: A

Item A: CORRETO. De fato, a Lei n. 8.137/90 dispõe que configura crime contra as relações de consumo a conduta de vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo (art. 7º, IX da referida lei).

Item B: ERRADO. O homicídio qualificado é crime hediondo, conforme o art. 1º. da Lei n. 8.072/90, e, portanto, não é suscetível de graça, anistia ou indulto (art. 2º. da referida lei). Essa restrição ainda permanece em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Item C: ERRADO. A comutação da pena é uma espécie de indulto parcial, que consiste na dispensa do cumprimento de parte da pena aplicada na sentença condenatória. Trata-se de ato discricionário do Presidente da República, e não do Congresso Nacional, competindo ao Presidente da

República, exclusivamente, a definição da extensão do benefício e dos requisitos a serem preenchidos pelo condenado (CF/88, art. 84, XII e Decreto n. 4.495/2002). Ressalte-se que não é possível a comutação da pena quando se trata de delito considerado hediondo.

Item D: ERRADO, mas há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, sendo possível a anulação da questão. Há muita polêmica envolvendo a tipicidade ou atipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniçada. O STJ tem entendido reiteradamente que essa questão é irrelevante, considerando típica a conduta de portar arma de fogo verdadeira, muniçada ou não. Há, todavia, um precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) em sentido contrário, reconhecendo a atipicidade da conduta de portar arma de fogo sem munição e sem que o agente traga consigo munição disponível no momento para carregar a arma, reconhecendo que a circunstância de a arma estar ou não muniçada é, sim, relevante para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo. Nesse sentido conferir: STF - RHC 81057.

Caso a questão quisesse avaliar se o candidato conhece o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto, que o tivesse dito de maneira expressa, como se faz costumeiramente nas provas do CESPE. Como a questão não exigiu o entendimento atual do STJ, mas apenas requereu que fosse marcada a opção correta "acerca do direito penal", pode-se questionar a sua validade, uma vez que há duas respostas possíveis (opções "A" e "D") dependendo do ponto de vista adotado acerca do tema.

QUESTÃO 49

No crime de apropriação indébita previdenciária, o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições sociais, efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, é:

- a) causa de exclusão da tipicidade.**
- b) causa de extinção da punibilidade.**
- c) indiferente penal.**
- d) circunstância atenuante.**

RESPOSTA: B

COMENTÁRIO: O art. 168-A do Código Penal dispõe o seguinte sobre o pagamento das contribuições devidas:

(1) De acordo com o § 2º, extingue-se a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, **ANTES DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL.**

(2) Conforme o § 3º, é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que tenha promovido, **APÓS O INÍCIO DA AÇÃO FISCAL E ANTES DE OFERECIDA A DENÚNCIA,** o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios.

No entanto, o § 2º do art. 9º. da Lei n. 10.684/03 é bem mais abrangente e flexível:

"Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º (...)

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

Perceba que o §2º dispõe que o pagamento integral das contribuições extingue a punibilidade do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária (CP, art. 168-A) independentemente de este ter sido efetuado antes ou depois da denúncia; não há nenhum limite expresso. Item B é o correto, portanto.

QUESTÃO 52

Assinale a opção correta acerca do direito penal:

- a) Ocorrendo a morte da vítima em decorrência de disparo de arma de fogo utilizada para a prática de roubo, há crime de latrocínio tentado se não houve subtração de bens.**
- b) Aos crimes militares não se aplica o princípio da insignificância.**
- c) As penas restritivas de direitos admitem a execução provisória.**
- d) A pena restritiva de direitos, como toda e qualquer resposta penal, está ordenada, na sua aplicação, ao princípio da suficiência.**

RESPOSTA: D

COMENTÁRIOS:

Item A: ERRADO. Ao contrário do que normalmente ocorre com os crimes qualificados pelo resultado, o roubo qualificado pela morte não é um crime necessariamente preterdoloso. A morte pode ser alcançada tanto por culpa (imprudência) como por dolo (direto ou eventual). Assim, configura o crime de latrocínio tanto a conduta de atirar dolosamente contra a vítima para subtrair dela um objeto quanto o disparo acidental que leva a vítima à morte. O elemento subjetivo será considerado apenas na dosimetria da pena. Apenas não haverá latrocínio no caso de a morte não ter nenhuma vinculação com a execução do roubo, como, por exemplo, no caso de o assaltante executar a vítima por se tratar de um policial. Haverá, neste último caso, crime de roubo em concurso material com homicídio.

Quanto à consumação do latrocínio, faz-se necessário indicar algumas possibilidades:

Situação 1

Morte consumada + subtração consumada = latrocínio consumado

Situação 2

Morte tentada + subtração consumada = tentativa de latrocínio

Situação 3

Morte tentada + subtração tentada = tentativa de latrocínio

Situação 4

Morte consumada + subtração tentada = latrocínio consumado

Assim, se a vítima morrer haverá latrocínio consumado, ainda que não seja subtraído nenhum bem (situação 4). Nesse sentido, conferir a súmula 610 do STF.

Item B: ERRADO. Não há nenhuma vedação legal, doutrinária ou jurisprudencial à aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares, de um modo geral. O que a jurisprudência tem entendido é que não se aplica o princípio da bagatela quando se tratar de delito contra a administração pública, seja crime comum ou militar. A propósito, o STF recentemente suspendeu, através de medida liminar, o andamento de uma ação penal que tramita na Justiça Militar contra um oficial

que é acusado de furtar um celular no valor de R\$ 59 (STF – Medida Cautelar em Habeas Corpus 89.104-7 – Rel: Min. Celso de Mello).

Item C: ERRADO. A pena restritiva de direito só pode ser executada após transitada em julgado a sentença que a aplicou (LEP, art. 147), não admitindo, portanto, execução provisória.

Item D: CORRETO. De fato, um dos desdobramentos do princípio da individualização da pena é o princípio da suficiência da pena, exigível diante de toda e qualquer resposta penal do Estado. Segundo o princípio da suficiência, a pena, seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos, deve ser aplicada conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59 e art. 44, III).

QUESTÃO 54

O agente que, na qualidade de servidor do INSS, obtém de forma indevida a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, em favor de terceiro, pratica o crime de:

- a) corrupção passiva.**
- b) peculato-furto.**
- c) estelionato.**
- d) apropriação indébita.**

RESPOSTA: C

COMENTÁRIOS:

Item A: ERRADO. A corrupção passiva pressupõe a solicitação ou recebimento de vantagem indevida por parte do funcionário público (CP, art. 317). O enunciado da questão não menciona que o servidor solicitou ou recebeu qualquer vantagem para praticar a irregularidade, logo, não há corrupção passiva.

Item B: ERRADO. Ocorre o chamado "peculato-furto" quando o funcionário público subtrai, clandestina ou astuciosamente – mas sem fraude –, dinheiro valor ou concorre para que seja subtraído, valendo-se das facilidades que lhe proporciona a qualidade de funcionário (CP, art. 312, § 1º). Se houver indução a erro (fraude) para obtenção de uma vantagem patrimonial o crime passa a ser estelionato.

Item C: CORRETO. O STJ entende haver estelionato (CP, art. 171), e não o crime de peculato-furto quando o agente, na qualidade de servidor autárquico, obtém de forma indevida a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, em favor de terceiro (cf. STJ – REsp 774918). Neste caso não há "subtração", em sentido estrito, mas a indução a erro por meio fraudulento que proporciona uma vantagem patrimonial ilícita. A pena do estelionato é aumentada de 1/3 se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência (CP, art. 171, § 3º).

Item D: ERRADO. Para que se configure o crime de apropriação indébita (CP, art. 168) é preciso que o agente tenha a posse ou detenção legítima, desviada e inicialmente de boa-fé do objeto ou valor do qual, posteriormente, se apropria. Não é o caso. Além disso, se o enunciado tivesse mencionado que o funcionário já tinha a posse da coisa ou valor, posse esta legítima e inicialmente de boa-fé, não haveria apropriação indébita (CP, art 168), mas peculato-apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1ª parte).

QUESTÃO 57

O agente que mantém, no exterior, depósitos não declarados a repartição federal competente pratica crime contra:

- a) a ordem tributária.
- b) o sistema financeiro.
- c) as relações de consumo.
- d) a ordem econômica.

RESPOSTA: B

COMENTÁRIOS: A conduta descrita no enunciado da questão corresponde a uma forma equiparada ao delito conhecido como "evasão de divisas", um dos crimes contra o sistema financeiro previstos na Lei n. 7.492/86 (art. 22, § único).

QUESTÃO 58

O sujeito que empresta seu nome para terceiro abrir empresa de fachada, sabendo que não será a empresa estabelecida para realizar o objeto social declarado, pratica o crime de:

- a) falsificação de documento particular.
- b) falsidade documental.
- c) falsidade ideológica.
- d) falso reconhecimento de firma.

RESPOSTA: C

COMENTÁRIOS:

Item A: ERRADO. O crime de falsificação de documento particular (CP, art 298) se configura em duas hipóteses: (1) com a produção de um documento particular falso ou (2) com a adulteração de um documento particular verdadeiro. O enunciado da questão não menciona nenhuma dessas condutas. O que a questão sugere é que o agente contribuiu na abertura de uma empresa (emprestando seu nome), situação em que foi inserida nos documentos (verdadeiros) de abertura da empresa a declaração (falsa) de que esta empresa tinha um objeto social específico, quando, na verdade, tratava-se apenas de uma empresa "de fachada". Em resumo, ocorreu a inclusão de informações falsas em um documento verdadeiro, o que configura o delito de falsidade ideológica (CP, art. 299).

Item B: ERRADO. O crime de falsidade ideológica (CP, art. 299) está inserido no Capítulo III do Título IX, sob a epígrafe "DA FALSIDADE DOCUMENTAL", deixando claro que há uma relação gênero-espécie entre "falsidade documental" e "falsidade ideológica". Toda falsidade ideológica é também falsidade documental. O problema é que não existe nenhum crime com o nome "falsidade documental", tratando-se apenas da epígrafe do referido capítulo, de um tipo de crime, pelo que se conclui que o item está errado.

Item C: CORRETO. Pelo exposto nos comentários ao item A, conclui-se que a questão realmente sugere ter ocorrido o crime de falsidade ideológica (CP, art. 299), uma vez que aparentemente apenas foram inseridas informações falsas em um documento verdadeiro, sem que houvesse a produção de um documento materialmente falso.

Item D: ERRADO. O crime de falso reconhecimento de firma ou letra consiste na conduta de reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja (CP, art. 300). Além de ser crime próprio, exigindo-se do sujeito ativo a condição de funcionário público – que não é o caso da questão em comento –, a situação narrada no enunciado da questão não foi a de reconhecer indevidamente firma ou letra, mas a de inserir informações falsas em um documento para a abertura de uma empresa.

QUESTÃO 59

Assinale a opção correta acerca do Direito Penal.

- a) Aplica-se a atenuante da confissão espontânea quando a confissão extrajudicial efetivamente sirva para alicerçar a sentença condenatória, desde que não haja retratação em juízo.
- b) O médico de hospital credenciado pelo SUS que presta atendimento a segurado, por ser considerado funcionário público para efeitos penais, pode ser sujeito ativo de crime de concussão.
- c) O recolhimento à prisão domiciliar somente será admitido aos apenados submetidos ao regime aberto, sem exceções.
- d) O assalto praticado por policiais militares que, em trajes civis e com carro civil, abalroarem o carro da vítima, apenas coincidentemente policial militar, mas também em traje e carro civis, quando, quando então anunciarem e consumarem o delito, é crime militar.

RESPOSTA: B

COMENTÁRIOS:

Item A: ERRADO. O STJ tem o entendimento já consolidado de que deve ser reconhecido a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inciso III, alínea "d") quando a sentença condenatória é alicerçada na confissão extrajudicial do crime (na fase de inquérito policial, por exemplo), ainda que tenha havido retratação em juízo. Nesse sentido: STJ - HC 56832, STJ - HC 60711 e STJ - HC 69043.

Item B: CORRETO. Segundo a jurisprudência do STJ, o médico de hospital credenciado pelo SUS que presta atendimento a segurado exerce função pública delegada e, por isso, é considerado funcionário público para efeitos penais, podendo ser sujeito ativo do delito de concussão. Isto porque o Código Penal estabelece um conceito muito amplo de funcionário público, incluindo nele qualquer pessoa que, mesmo transitoriamente e sem remuneração, venha a exercer de algum modo um cargo, um emprego ou uma função pública (CP, art. 327, *caput*). Nesse sentido: STJ - HC 51054; REsp 252081; REsp 286679.

Item C: ERRADO: De fato, o recolhimento domiciliar somente é admitido aos apenados submetidos ao regime aberto, desde que se enquadre em uma das seguintes hipóteses (LEP, art. 117):

- I - condenado(a) com idade superior a 70 anos;
- II - condenado(a) acometido(a) de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente mental;
- IV – condenada gestante.

Admite-se, ainda, que o condenado em regime aberto seja colocado em prisão domiciliar caso não haja vaga para ele em casa de albergado, que é o estabelecimento penal adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.

Excepcionalmente, todavia, o STJ tem reconhecido a possibilidade de concessão do benefício da prisão domiciliar também ao condenado em regime semi-aberto ou fechado desde que: (1) seja o caso de doença grave e (2) seja demonstrada a impossibilidade de prestação de assistência médica adequada pelo estabelecimento penal em que se encontra recolhido. Nesse sentido: STJ - HC 43938; HC 47498; HC 40748.

Item D: ERRADO. O Código Penal Militar tipifica vários crimes que também são tipificados no Código Penal Comum (homicídio, furto, roubo, estupro, etc.). Mas, ao contrário do que muita gente pensa, nem todo crime praticado por um militar é um "crime militar". Até um civil pode praticar um "crime militar". Exatamente com o objetivo de regulamentar o assunto, o art. 9º. do Código Penal Militar estabelece que são considerados crimes militares (em tempo de paz):

I - os crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar, sem previsão na legislação penal comum ou com previsão diversa, qualquer que seja o agente. Exemplos: motim, deserção, furto de uso, etc.

II - os crimes previstos no Código Penal Militar, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares.

O enunciado do item foi bem enfático ao descaracterizar qualquer das hipóteses acima mencionadas, pelo que se conclui que o fato descrito não configura crime militar, mas crime comum de roubo, a ser punido pelo Código Penal Comum.

QUESTÃO 60

Acerca do direito penal, assinale a opção correta:

a) Constitui crime contra as relações de consumo vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial.

b) O crime de quadrilha ou bando possui natureza de delito instantâneo, mas de efeitos permanentes.

c) A pesca proibida pelo local ou época da atividade, ou pelo uso de petrechos proibidos, é crime material.

d) A ocultação, em proveito próprio, de coisa que se sabe ser produto de crime configura o delito de condescendência criminosa.

RESPOSTA: A e C (há duas respostas que podem ser consideradas corretas, sendo possível suscitar a anulação da questão)

Item A: CORRETO. Realmente, a Lei n. 8.137/90 dispõe que configura crime contra as relações de consumo a conduta de vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial (art. 7º, II, da referida lei).

Item B: ERRADO. A consumação do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288) não se dá em um instante apenas, mas se prolonga no tempo, ou seja, enquanto durar a associação criminosa o delito está se consumando, hora após hora, dia após dia. Portanto, ao contrário do que afirma o item, o crime de quadrilha ou bando não é delito instantâneo, mas permanente.

Item C: CORRETO. De fato, a doutrina classifica como crime material o delito ambiental narrado na questão (Lei n. 9.605/98, art. 34, caput e § único, II, segunda parte), pois se exige a efetiva produção dos resultados descritos no tipo penal para a sua consumação. Nesse sentido, conferir: NUC-CI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2006, p. 521-523 (itens 200 e 213) e CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 4, 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91. Ainda que haja outros autores sustentando tratar-se de crime formal ou de mera conduta – sempre pode haver –, não se pode negar que o assunto é, no mínimo, discutível. Portanto, o item C também pode ser considerado correto.

Item D: ERRADO. A conduta de ocultar o produto de um crime em proveito próprio configura o delito de receptação (CP, art. 180). A condescendência criminosa (CP, art. 320) configura apenas quando um funcionário público que exerce cargo de chefia, por indulgência, deixa de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente a conduta. Não guarda nenhuma relação com a conduta descrita no enunciado da questão.

COMENTÁRIOS ÀS PROVAS DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO CA- DERNO B

Prof.: Alexandre Teixeira

O aluno que assistiu atentamente às minhas aulas no Curso Professor Jorge Hélio, sem sair mais cedo ou ficar do lado de fora “matando aula” tomando cafezinho e conversando, certamente acertou, senão todas, pelo menos 90% da prova, posto que tais questões foram vistas e revistas em aula, havendo delas que até constaram do “simulado”.

Questão 61 – Resposta: D

Comentários: a questão 61 praticamente dispensa comentários. Ora, se Antônio foi admitido sob o regime celetista, ainda que venha a trabalhar numa empresa pública federal, como, por exemplo, a Caixa Econômica, é a Justiça do Trabalho a competente para processar e julgar a demanda trabalhista, uma vez que pelo art. 173, §1º, inc. II da CF/88 as empresas públicas e sociedade de economia mista se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas. A Justiça do Trabalho somente é incompetente quando a relação do trabalhador for jurídico-institucional como no caso dos servidores estatutários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Questão 62 – Resposta: C

Comentários: bem, ainda que o aluno não conhecesse o Decreto 80.281/77, o aluno poderia responder a questão facilmente. É que durante todo o curso sempre se perguntou qual o requisito constitucional para o reconhecimento de vínculo empregatício com a administração pública, seja ela direta ou indireta; os alunos sempre responderem em coro: concurso público (art. 37, inc. II, § 2º, CF/88). Como a questão disse que a pretensão de João, médico residente, seria o reconhecimento de vínculo empregatício com hospital público municipal, a falta de concurso público já invalidaria o ato da contratação (art. 104, CC), bem como impossibilitaria o vínculo empregatício. Vamos aos comentários: o item “A” é falso: não apenas pelo art. 1º do Decreto 80.281/77, mas pelo senso comum e geral de que todos sabem que médicos-residentes efetivamente clinicam, consultam e tratam de pacientes com a orientação de um profissional mais “graduado”, torna o item “A” incorreto, na medida em que os residentes não assistem apenas aulas. O item “B” é incorreto: por mais que durante a residência médica haja pagamento de uma contraprestação pecuniária, permanência e subordinação, esse fato por si só não bastaria para reconhecimento de vínculo empregatício, pois o tomador de serviços é um hospital público municipal, sendo o concurso público condição essencial para a validade do ato. O item “C” é o correto já que pelo decreto acima descrito a residência médica é realmente uma modalidade de ensino de pós-graduação caracterizada por treinamento em serviço e em regime de dedicação exclusiva sem vínculo empregatício. O item “D” está incorreto: pois ainda que realmente caiba ao juiz analisar no caso concreto se há ou não vínculo empregatício, como a questão não afirmou que houve concurso público na forma do art. 37, inc. II, § 2º, CF/88.

Questão 63 – Resposta: A

Comentários: Esta questão foi por nós discutida em sala de aula na primeira aula de processo do trabalho quando abordamos o assunto “competência material e territorial da justiça do trabalho”, momento em que comentamos o inc. I do art. 114, CF/88, inclusive um dos exemplos citados em sala foi justamente a da empregada doméstica do embaixador japonês que moveu contra ele reclamação trabalhista, dado o fato de que quando as missões diplomáticas ou consulares dos Estados-acreditantes chegam ao Estado-acreditado eles geralmente aqui contratam motoristas, cozinheiras, jardineiros, tradutores, contadores, etc. e a relação de emprego encetada é processada e julgada pela Justiça do Trabalho do Brasil por força da redação do inc. I do art. 114, CF/88, na medida em que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo... . Em sala de aula falamos até que as

Embaixadas Japonesa e a do Reino Unido são as que mais desrespeitam as leis trabalhistas brasileiras, citando justamente o exemplo da doméstica e do fato de que a Justiça do Trabalho não teria competência para o processo de execução, caracterizando-se em verdadeira “vitória de Pirro”.

Questão 64 – Resposta: B

Comentários: sobre greve nós tivemos a oportunidade de comentar uma questão do próprio CESPE que caiu em 2006 sobre dissídio coletivo. Quem assistiu a aula de revisão e prestou atenção deve ter notado quando eu falei que a greve é um dos movimentos mais legítimos do trabalhador. Assim, o item correto é o “B”, pois a simples adesão à greve não pode ser considerada falta grave de acordo com a Lei 7783/89.

Questão 65 – Resposta: D (ANULÁVEL)

Comentários: A questão é passível de anulação por fazer com que o candidato seja induzido ao erro, pois contém equívoco insanável em seu enunciado. É que a questão afirma que Manoel é **empregado** de uma empresa individual. Em seguida, diz que seu empregador morreu e que ingressou com reclamação trabalhista objetivando a rescisão do seu contrato por justa causa do **empregado**, com base no art. 483, CLT. Ora, como é que o empregado entra com reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho para que o Poder Judiciário reconheça que ele mesmo cometera falta grave??? Não há o mais mínimo sentido comprometendo a compreensão e resposta da questão, o que a torna nula devendo os pontos da mesma ser atribuídos a todos os candidatos. De qualquer forma vamos “tentar” responder a questão: o item “A” está incorreto. Quando o empregador pessoal física morre é facultado ao empregador rescindir o contrato de trabalho (art. 483, § 2º, CLT), pois um sucessor poderá querer dar continuidade às atividades do falecido. O item “B” está incorreto. **No entanto, dado o equívoco no enunciado da questão em que o empregado ingressou com reclamação para que a Justiça do Trabalho reconheça sua própria falta grave, isso acaba por induzir os alunos a marcarem o item “B” como o correto, apesar de que esse item acaba por induzir o candidato a considerá-lo como resposta verdadeira. A rescisão indireta não é falta grave do empregado.** O item “C” o CESPE considerou incorreto. No entanto, é só dar uma lida no caput do art. 483, CLT combinado com seu parágrafo segundo que se terá o seguinte resultado: “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização no caso de morte do empregador constituído em pessoa física, sendo facultado ao empregado a rescisão do contrato”. Obviamente que essa rescisão contratual importará em pagamento de indenização, já que o trabalhador não teve qualquer culpa no término do contrato, nem foi caso de força maior, muito menos de *factum principis*. Assim, a morte do empregador pessoa física ou empresa individual é um dos casos de demissão sem justa causa para fins de verbas rescisórias (art. 483, § 3º, CLT). O item “D”, segundo o CESPE está correto, apesar de ambíguo e de difícil compreensão: a falta grave do empregador é ou não motivo justificado para a rescisão do contrato de trabalho por justa causa? Claro que sim. Se o examinador queria fazer a distinção entre motivo justo e justa causa deveria ter sido mais claro. No entanto, as faltas graves são aquelas previstas em lei que, caso cometida pelo empregado ou empregador, levam à ruptura do contrato de trabalho por justa causa. Um motivo justo não necessariamente é uma falta grave, como explicitado na súmula 372, TST.

Questão 66 – Resposta: A

Comentários: Essa questão sobre aviso prévio foi amplamente debatida não apenas durante as aulas normais, mas igualmente quando da semana de revisão. Vamos às repostas: o item “I” é verdadeiro na medida em que o aviso prévio é tempo de serviço para todos os efeitos, integrando o contrato de trabalho e projetando-o por mais trinta dias, segundo a OJ 82, TST. O item “II” é falso, pois o fato de o aviso ser trabalhado ou indenizado não lhe retira a natureza salarial, sendo, por isso, tempo de serviço e integrando o contrato de trabalho do empregado. O item “III” é falso, como é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, CLT), ainda que a empresa seja extinta o aviso prévio é devido.

Questão 67 – Resposta: C

Comentários: Como vimos em sala de aula que o menor de 18 e maior de 14 anos de idade para estar em juízo precisa de um assistente (art. 793, CLT) e como o depoimento pessoal da parte é uma continuação de sua precária capacidade de estar em juízo, logo para o depoimento pessoal necessita igualmente de estar assistido, pelo que o item “C” é o correto na medida em que quanto aos efeitos de seu depoimento, o menor não pode ser equiparado ao maior de idade, exigindo-se a presença de um assistente.

Questão 68 – Resposta: D

Comentários: De acordo com o art. 721 da CLT, no inquérito judicial para apuração de falta grave cada parte pode apresentar até seis testemunhas.

Questão 69 – Resposta: D

Comentários: essa questão inclusive fez parte do simulado realizado pelo curso Professor Jorge Hélio e sua resposta está no § 4º do art. 832, CLT, na medida em que o interesse de recorrer do INSS quanto às contribuições previdenciárias que porventura lhe sejam devidas, faz com que a sentença homologatória de acordo somente seja irrecurável para as partes e não para o órgão previdenciário.

Questão 70 – Resposta: C

Comentários: a resposta a esta questão foi vista na terceira aula de direito do trabalho quando falamos sobre as respostas do réu: contestação, reconvenção, exceção de incompetência e suspeição. Falamos inclusive em sala de aula que a reconvenção tem dupla natureza jurídica: tanto de resposta do réu quanto de ação do réu contra o autor. Assim, obviamente a reconvenção tem natureza processual e, apesar de não estar prevista na CLT, é aplicável ao processo do trabalho.

Questão 71 – Resposta: B (ANULÁVEL)

Comentários: Levando-se em consideração o processo de conhecimento ordinário (§ 1º, art. 841, CLT), a notificação, quer dizer, o ato processual de dar ciência ao reclamado de que contra ele existe uma reclamação trabalhista pode ser feito via postal e não precisa necessariamente ser na pessoa do reclamado, podendo ser na do proposto, na do zelador do prédio comercial ou tenha sido depositada em caixa postal da empresa, incumbindo a parte provar o não recebimento (sum. 16, TST). **No entanto, o termo CITAÇÃO no processo do trabalho somente ocorre na fase de execução, de modo que esta somente pode ser realizada por oficial de justiça (art. 880, CLT), de modo que o § 2º claramente diz que a citação será feita pelos oficiais de justiça, mas sob o título Do Mandado e da Penhora.** Assim, a questão induz o candidato a erro e a marcar o item “D” como verdadeiro, merecendo ser anulada.

Questão 72 – Resposta: C (ANULÁVEL)

Comentários: quantas vezes em sala de aula não falamos de que o preposto, no processo do trabalho, deve ser necessariamente empregado do reclamado, excepcionando apenas o empregado doméstico e o preposto das EPP e ME de acordo com o art. 54 da LC 123/2006. Assim, regra geral, a representação de pessoa jurídica por meio de preposto em audiência exige que seja sócio, diretor ou empregado da reclamada (súmula 377, TST), fazendo com que o item “C” seja o verdadeiro. No entanto, o CESPE laborou em lamentável equívoco quando colocou como item INCORRETO o “C” – nas ações contra condomínio, pode figurar como preposto qualquer condômino, não havendo necessidade de comparecimento de síndico ou administrador – o que também é verdade segundo entendimento dominante no Tribunal Superior do Trabalho e em outros Tribunais Regionais, o que faz com que a questão seja passível de ANULAÇÃO por conter duas respostas:

130182168 – RECURSO DE REVISTA – REVELIA – Conforme jurisprudência dominante nesta colenda Corte "a representação em juízo do condomínio será mediante a figura do síndico ou administrador, igualmente por preposto por eles indicado, pois ao empregador é facultado essa substituição". Nestes termos, não se vislumbra a apontada violação dos artigos 843, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho; 12, inciso IX, e 2º da Lei nº 2.757/56. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS – ÔNUS DA PROVA – Juntados os cartões de ponto pelo reclamado e não tendo sido o reclamado intimado a apresentar os cartões de identificação que, na alegação da autora constitui documento capaz de provar seu labor extraordinário, não há que se falar em inversão do ônus probatório, pelo que incólumes os artigos 333, inciso II, do CPC e 843 da CLT. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS – PROVA TESTEMUNHAL – SUSPEIÇÃO – Tendo o egrégio Regional acolhido a contradita pelo fato de que o depoimento pessoal da testemunha, no caso, configuraria troca de favores, não se pode dizer contrariado o Enunciado nº 357 do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR 677.978/2000.0 – 2ª T. – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 06.05.2005)

18017850 – CONDOMÍNIO RESIDENCIAL – CARTA DE PREPOSIÇÃO CONFERIDA PELO SÍNDICO A UM DOS CONDÔMINOS – INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 99 DA SDI I DO C. TST – Por intermédio do representante legal, o condomínio residencial, na pessoa do seu síndico, pode perfeitamente conferir carta de preposição a qualquer dos condôminos, até porque estes, na forma do art. 3º da Lei 2.757, de 23/04/56, são responsáveis, proporcionalmente, pelas obrigações previstas na legislação trabalhista, vez que possuidores de quota-parte, corresponde à fração ideal do terreno de cada unidade (art. 12 e § 1º da Lei nº 4.591/64). Inaplicável ao caso o rigorismo do preposto ser necessariamente empregado do reclamado, visto que a própria O.J. de nº 99 da SDI I do c. TST comporta exceções. De acordo com a interpretação sistemática do disposto no § 1º do art. 843 e dos arts. 844 e 848 da CLT, a finalidade almejada pelo legislador é que o preposto tenha conhecimento dos fatos articulados pelo reclamante. (TRT 23ª R. – RO 01825.2003.005.23.00-9 – Rel. Juiz Tarcísio Valente – DJMT 21.10.2004 – p. 37)

A última decisão, apesar de ser do Sérgio Pinto Martins, serve para anular a questão:

193001064 – CONDOMÍNIO – NOMEAÇÃO DE PREPOSTO – O artigo 1º da Lei nº 2.757 não dispõe que é apenas o síndico que será representante do condomínio, nem impede expressamente a aplicação do parágrafo 1º do artigo 843 da CLT. Logo, o condomínio pode nomear preposto. (TRT 2ª R. – RO 20000582519 – (20020526630) – 3ª T. – Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins – DOESP 03.09.2002)

Questão 73 – Resposta: B

Comentários: a resposta a esta questão foi vista na quarta aula de processo do trabalho quando falamos dos procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo (art. 852-A ao 852-I). Assim, o item "I" é verdadeiro na medida em que o pedido deverá ser certo e determinado e indicará o valor correspondente (art. 852-B, inc. I, CLT). O item "II" é falso, inclusive nós resolvemos uma questão parecida na revisão em que a administração pública, assim como ocorre nos juizados cíveis, não pode ser parte no procedimento sumaríssimo. O item "III" é verdadeiro, pois não se fera citação por edital sob pena de arquivamento caso o reclamante não indique o endereço completo da reclamada (art. 852-B, inc. II, § 1º, CLT). O item "IV" é falso na medida em que apenas duas testemunhas por cada parte é possível (art. 852-D). Assim, somente os itens I e III são corretos.

Questão 74 – Resposta: D

Comentários: a quinta e última aula de processo do trabalho foi dada só para resolver esta questão: obviamente que no recurso de revista cabe depósito recursal, desde que seja feito pelo reclamado (art. 900, CLT). O prazo para interposição segue a regra geral dos recursos: 8 dias de acordo com a Lei 5584/70. Justamente uma das hipóteses de cabimento do recurso de revista é justa-

mente a violação direta e literal de lei ou da constituição federal, não cabendo recurso de revista para a discussão de cláusula de contrato individual de trabalho.

Questão 75 – Resposta: D

Comentários: parece brincadeira, mas na primeira aula de processo do trabalho, várias vezes falamos da possibilidade de o Juiz de Direito julgar processos trabalhistas quando o município da prestação de serviços não estiver sob jurisdição de Vara do Trabalho, sendo o juiz de direito juiz do trabalho para todos os efeitos, inclusive o recurso interposto contra sua decisão o Recurso Ordinário e não a Apelação, de acordo com o art. 668 e 669, CLT.

COMENTÁRIOS À PROVA DE DIREITO COMERCIAL

Professora: Uinie Caminha

Texto para as questões 96 e 97

Marcos, empresário individual, emitiu uma duplicata contra Lucas, no valor de R\$ 5.000,00, com praça de pagamento em Brasília – DF. Após isso, Marcos colocou o título em circulação, endossando-o a Mateus, que, por sua vez, também por endosso, transferiu-o a João. A par do endosso, Mateus fez vir à duplicata, em seu favor, aval de Josué, cônjuge de Maria.

QUESTÃO 96

Acerca do protesto da duplicata mencionada na situação hipotética acima, assinale a opção incorreta.

A Para que João possa cobrar de Mateus, é imprescindível o protesto do título.

Alternativa correta, pois sendo Mateus co-brigado no título e não obrigado principal, o protesto é obrigatório.

B O protesto deve ser tirado na praça de pagamento constante da duplicata, ou seja, em Brasília – DF.

Alternativa correta. O local de pagamento é o local onde deve ser tirado o protesto.

C Caso não seja exercida a faculdade de protestar o título por falta de aceite, não se elide a possibilidade de protesto por falta de pagamento.

Alternativa correta. Os protestos por falta de pagamento e aceite se excluem, mas a falta do primeiro não impede o registro do segundo.

D De acordo com a legislação em vigor, a duplicata só pode ser protestada por falta de aceite ou de pagamento.

Alternativa incorreta. Existe ainda, pela legislação vigente, o protesto por falta de devolução.

UnB/CESPE – OAB Prova P1 Caderno A

Exame de Ordem 2007.1 – 17 –

QUESTÃO 97

Com relação à duplicata descrita no texto, assinale a opção correta.

A A denominação duplicata não precisa estar expressa no título para que este valha como tal.

Alternativa incorreta. Um dos requisitos essenciais à duplicata, de acordo com sua lei de regência é a denominação duplicata.

B Para que o aval de Josué seja eficaz, não é necessária autorização de Maria.

Alternativa incorreta. Com o novo Código Civil, passou a ser necessária a autorização do cônjuge para o aval, a exemplo do que já ocorria com a fiança.

C Conforme a jurisprudência do STJ, mesmo sem aceite e desprovida de prova de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, a duplicata pode ser executada contra o sacador-endossante e seus garantes.

Alternativa correta. Devido à autonomia das obrigações cambiárias e à inoponibilidade de exceções pessoais a terceiros de boa fé, o defeito da duplicata, oponível pelo sacado, não aproveita ao sacador..

D A validade da obrigação de Josué, como avalista, depende da existência e da validade das obrigações de Mateus, Marcos e Lucas.

Alternativa incorreta. O aval é obrigação autônoma com relação às demais constantes do título.

QUESTÃO 98

O plano de recuperação judicial para microempresas e para empresas de pequeno porte

A prevê parcelamento das dívidas em até 72 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 6% a.a.

Alternativa incorreta. O plano poderá prever parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

B abrange toda e qualquer sorte de crédito.

Alternativa incorreta. O plano especial abrange apenas créditos quirografários.

C estabelece a necessidade de autorização do juiz, após ouvidos o administrador judicial e o comitê de credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Alternativa correta. Essa disposição está expressa no artigo 71, inciso IV da nova lei de falências e recuperação judicial.

D prevê o pagamento da primeira parcela das dívidas no prazo máximo de 30 dias, contados da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Alternativa incorreta. Esse prazo é de 180 (cento e oitenta) dias.

QUESTÃO 99

Com relação ao capital das companhias, assinale a opção correta.

A Pode ser formado com contribuições em dinheiro, em serviços ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Alternativa incorreta. Não se admite a contribuição em serviços para as companhias.

B Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou o acionista responderá pela solvência do devedor.

Alternativa correta. O acionista que contribui com crédito, responde por seu valor caso o devedor originário não o honre.

C Em regra, apenas os acionistas titulares de ações ordinárias têm direito de preferência na hipótese de aumento do capital.

Alternativa incorreta. O direito de preferência, essencial do acionista, assiste, nos termos da Lei e do estatuto, a todos os sócios da companhia.

D O valor do capital social, expresso em moeda nacional ou estrangeira, é fixado pelo estatuto da companhia.

Alternativa incorreta. O capital deve ser fixado em moeda nacional.

QUESTÃO 100

Acerca da sociedade em comum, assinale a opção correta.

A Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade.

Alternativa correta. Por não ter personalidade jurídica, os sócios da sociedade comum respondem pelas obrigações geradas na atividade desenvolvida, porém, o Código Civil estabelece que primeiramente devem responder pelas obrigações os bens afetos a essa atividade. Não é beneficiado, porém, o sócio que representa a sociedade.

B O regime da sociedade em comum aplica-se também às sociedades por ações em organização.

Alternativa incorreta. O Código Civil expressamente exclui as companhias do regime das sociedades em comum.

C A sociedade em comum é uma espécie societária personificada.

Alternativa incorreta. A sociedade em comum não possui personalidade jurídica, uma vez que não tem seus atos registrados.

D Os bens e as dívidas da sociedade em comum constituem patrimônio especial, administrado e titularizado pelo sócio administrador.

Alternativa incorreta. O patrimônio da sociedade em comum é detido, em conjunto, pelos sócios.

COMENTÁRIOS À PROVA DE DEONTOLOGIA

1) Em 5/2/2007, José Silva, advogado, notificou pessoalmente seu cliente da renúncia ao mandato outorgado nos autos de ação cível, pelo rito ordinário, ajuizada pela União.

O Diário de Justiça de 8/2/2007 publicou a intimação para que as partes especificassem provas que desejavam produzir.

Considerando a situação hipotética acima e o que dispõe o Estatuto da Advocacia, assinale a opção correta.

A José Silva deverá apresentar petição de especificação de provas na hipótese de seu cliente não ter constituído novo advogado nos autos.

B José Silva deverá comunicar ao seu cliente da publicação da intimação para que ele providencie outro advogado para cumpri-la.

C O juiz deve reabrir o prazo para especificação de provas porque uma das partes estava sem advogado nos autos.

D O cliente pode se dirigir diretamente ao juiz e informar as provas que pretende produzir, juntando aos autos a notificação de renúncia de seu advogado.

O artigo 13 do CED reza que “A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei;”. Por sua vez, o artigo 45 do CPC diz que “o advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo”. A situação hipotética apresentada na questão do concurso realizado, vê-se, de logo, que a publicação da intimação, no Diário da Justiça, se deu quando do lapso temporal em que prescreve o artigo 45 do CPC, estando, assim, portanto, o advogado responsável por todos os atos no curso do processo, incluindo aí a apresentação de especificação de provas.

2) Com relação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao Estatuto da Advocacia, assinale a opção correta.

A É direito do advogado não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e, na falta dessas, ser aplicada prisão domiciliar.

B É direito do advogado sustentar oralmente, após o voto do relator, em julgamentos de recursos nos tribunais superiores, pelo prazo de até 15 minutos.

C É direito do advogado ter respeitada a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados e sua correspondência e de suas comunicações, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

D É prescindível a presença de representante da OAB quando um advogado é preso por motivo ligado ao exercício da advocacia, bem assim, nos casos de crime comum, a comunicação à OAB.

A questão versa sobre os direitos do advogado que encontra sua previsão no art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). O item “A”, transcrever, quase o todo conteúdo do inciso V do artigo referido, modificando somente na parte final que em vez de ‘ser aplicada prisão domiciliar’, o que estaria errôneo, deveria para estar certa a opção, estar escrito ‘em prisão

domiciliar'. O item "B" faz referência ao inciso IX do art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), só que esse inciso foi declarado Inconstitucional através da ADIN de n.ºs 1.105-7 e 1.127-8, portanto, errado está. O item "C" transcreve o conteúdo do inciso II do art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), portanto, opção correta. Por fim, o item "D" está errado, em face de que a prisão que exige a presença de um representante da OAB se der por flagrante delito do advogado, e não motivo ligado ao exercício da advocacia, bem assim, nos casos de crime comum, a comunicação à OAB.

3) Acerca de incompatibilidades, impedimentos e sanções disciplinares aplicáveis aos advogados, assinale opção correta de acordo com o Estatuto da Advocacia.

A A violação a preceito do Código de Ética e Disciplina da OAB (CED-OAB) é punível com a suspensão do exercício profissional por até 30 dias.

B O defensor público geral estadual que atuar na advocacia privada em patrocínio dos interesses de um sindicato patronal poderá, em razão dessa conduta, ser punido na OAB com a pena de censura.

C Os oficiais do Exército podem exercer a advocacia em causas que não envolvam a União.

D O presidente de assembléia legislativa não está impedido de exercer a advocacia.

A questão versão sobre o capítulo VII da Lei 8.609/94, intitulado Das Incompatibilidades e Impedimentos. Há uma diferença entre a incompatibilidade que a proibição total do exercício da advocacia com o impedimento que a proibição parcial. Como se denota a incompatibilidade gera a proibição total da advocacia e o impedimento a proibição parcial. Neste aspecto, o caput do artigo 28 da referida lei informa quais as atividades que têm a proibição total no exercício da advocacia, dentre as quais, agora em referência a questão, o presidente de assembléia legislativa que como dito no item "D" não está impedido e sim incompatibilizado de exercer a advocacia, portanto esse item está errado. No caso do item "C", os oficiais do Exército, por força do inciso VI do artigo 28 da referida lei, também se encontra incompatível de exercer a advocacia, portanto encontra-se o item errado. O item "A" encontra-se errado em face de que a violação de preceito do CED da OAB poderá ser punido com censura, suspensão, exclusão e multa (art. 35 do Estatuto da Advocacia) e não somente com a suspensão do profissional. O item "B", encontra-se correto, em face do preceito do art. 29 da Lei 8609/94, já que há a proibição, para os defensores públicos, de exercerem a advocacia durante o período de sua investidura no cargo, podendo, o mesmo ser punido com pena de censura.

4) No que se refere à organização da OAB, assinale a opção correta.

A As caixas de assistência dos advogados têm por objetivo organizar os seguros de saúde dos inscritos na OAB e seus familiares, mas não podem promover sua seguridade social complementar.

B A área da subseção do conselho seccional limita-se à do município em que estiver situada.

C O presidente do Conselho Federal não precisa ser conselheiro federal eleito.

D O presidente do instituto dos advogados estadual é membro honorário e tem direito a voz e voto nas reuniões da seccional, pois o instituto é órgão da OAB.

A presente questão se encontra no Estatuto da Advocacia, no Título II, do capítulo I, intitulado Da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, tem-se que, em relação ao item “A”, por força do artigo 62 a CAA, como órgão da OAB, tem personalidade jurídica própria, e que, dentre outras atribuições, por força da Sumula Normativa n.º 1, podem promover sua seguridade social complementar mas não têm por objetivo organizar os seguros de saúde dos inscritos na OAB e seus familiares, portanto, está errado esse item. Por força do § 1º do art. 60 do Estatuto da Advocacia as subseções poderão abranger um ou mais município e não somente limita-se à do município em que estiver situada, portanto, também errado o item “B”. Em relação ao item “D”, encontra-se errado em razão de que o presidente do instituto dos advogados estadual é membro honorário, somente com direito a voz nas sessões do Conselho e não com direito a voz e voto nas reuniões da seccional, pois o instituto é órgão da OAB, como descrito no item. Por fim, o item “C” está correto por força de que o presidente do Conselho Federal não precisa ser conselheiro federal eleito, conforme preceito do Estatuto da Advocacia.

5) Com relação aos honorários advocatícios, assinale a opção correta de acordo com o Estatuto da Advocacia e o entendimento do STF.

A Os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, salvo se, por expressa disposição contratual, estiver acordado que serão entregues ao cliente.

B Os honorários sucumbenciais têm natureza jurídica de alimentos.

C Em razão do caráter personalíssimo do contrato de serviços de advocacia, não são transmissíveis aos sucessores de um advogado falecido os honorários de sucumbência proporcionais ao trabalho realizado em vida pelo advogado.

D A contratação de advogado implica necessariamente o pagamento de um terço do valor dos honorários no início do contrato.

Prescreve o § 2º do art. 24 do EAOAB que na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais aos trabalhos realizados, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais. Pela literalidade desse artigo, vê-se logo que a hipótese apresentada no item “C” está errada. Prevê o § 3º do referido artigo que salvo estipulação em contrário é que a contratação de advogado implica necessariamente o pagamento de um terço do valor dos honorários no início do contrato. Como se observa, não há a necessidade do pagamento dos honorários contratados serem pagos no início do contrato, pois poderá ser estipulado por acordo de vontade entre o advogado e seu constituinte. Assim, está errado o item “D”. O art. 23 da EAOAB na esteira do art. 20 CPCP, estipula que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado. Por força da ADIN de n.º 1.194-4 ficou suspensa a eficácia do § 3º do art. 24 do EAOAB, que prescrevia ser nula qualquer disposição ou cláusula que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência. Mas que por força do § 1º do art. 35 do CED, implica que os honorários de sucumbência não excluem os contrata-

dos, porém podem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa. Desta forma, os honorários sucumbenciais não devem ser entregues ao cliente e sim levados a um acerto final se assim o tiverem acordado. Restando pois o item “B” a ser analisado o tem-se como verdadeiro em decorrência do disposto no caput do art. 24 do EAOAB.

6) Com relação aos direitos dos advogados, assinale a opção correta de acordo com o Estatuto dos Advogados e a interpretação do STF.

A A imunidade profissional do advogado pelas manifestações em juízo não alcança o crime de calúnia.

B O advogado não pode recusar-se a depor como testemunha em processo em que tenha atuado, na medida em que ele sempre presta serviço público e exerce função social na administração da justiça.

C É facultada aos advogados a consulta de autos de processos findos em cartório, mas a retirada para a extração de cópias ou estudo no escritório é condicionada à existência de procuração para o advogado que for retirá-los.

D O advogado somente pode postular em juízo mediante a apresentação de procuração outorgada pelo cliente.

A presente questão versa sobre os direito do advogado, através de norma contida no art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Sendo assim, conforme previsão no inciso XIX do referido artigo, o advogado poderá recusar, para proteger sigilo profissional, a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado. Desta forma o item “B” da questão apresentada encontra-se errado. Ao advogado, em sua atividade, conforme prever o inciso XIV do art. 7ª da Lei 8.609/94, é outorgado o direito de requerer o desarquivamento dos autos de qualquer processo, mesmo que nele não tenha funcionado, e não tendo procuração de qualquer das partes envolvidas, poder retirar-los do Cartório, secretaria ou repartição pelo prazo de 10 dias. Desta forma o item “C” encontra-se errado, vez que, em sua parte final, diz que é condicionada à existência de procuração para o advogado que for retirá-los, o que, como demonstrado, por força legal, não é verdadeiro. Prevê o art. 5º, *caput*, do EAOAB, que o advogado postula fazendo prova do mandato que lhe foi outorgado pelo cliente. Mas, se o advogado necessita praticar um ato de representação que seja urgente, mas não dispões ainda da procuração de seu cliente, poderá alegar essa urgência para praticar o ato que seja imediatamente necessário, requerendo ao juiz um prazo de 15 dias para que apresente o instrumento procuratório até o término desse período. Se ainda assim, não foi possível apresenta o instrumento procuratório ao término desse período, poderá o advogado requerer a prorrogação de prazo para a apresentação do instrumento de procuração. A lei dá ao advogado essa faculdade independente de fundamentação, ao afirmar ele que “pode atuar em caráter de urgência”, conforme previsão no § 1º do art. 5º do EAOAB. Diante disso se conclui que o item “D” encontra-se errado, pois lá afirma que o advogado somente

pode postular em juízo mediante a apresentação de procuração outorgada pelo cliente, o que como visto não é verdadeiro.

7) No tocante às sociedades de advogados, assinale a opção correta.

A É vedada a permanência de nome de sócio falecido na razão social da sociedade de advogados.
B É possível que um advogado pertença a mais de uma sociedade de advogados registradas em uma mesma seccional, desde que os respectivos escritórios não patrocinem clientes de interesses opostos.

C O CED-OAB não se aplica às sociedades de advogados porque o direito brasileiro não admite a responsabilização penal da pessoa jurídica.

D É vedado às juntas comerciais o registro de sociedade que inclua a atividade de advocacia entre suas finalidades.

As sociedades de advogados são pessoas jurídicas que só podem ter sócios que sejam advogados, ou seja, que sejam inscritos na OAB. Conforme previsão no art. 15, § 4º do EA-OAB, cada advogado só pode ser sócio de uma sociedade por Seção da OAB, o que inclui eventuais filiais. Portanto, de logo se observa que o item “B” da questão em referência não é verdadeiro. Por sua vez, o § 2º do art. 15 do EAOAB prevê que aplica-se à sociedade de advogados o CED, no que couber, o que impede que sua personalidade jurídica seja utilizada para o descumprimento dos deveres do advogado. Assim o item “C” está errado, pois contraria a previsão apontada. O setor de Registros das Sociedades de Advogados de cada Conselho Seccional da OAB deve manter um sistema de anotação de todos os atos relativos às sociedades de advogados que lhe incumba registrar arquivar ou averbar, controlado por meio de livros ou fichas. Assim, serão averbados à margem do registro da sociedade e, a juízo de cada Seccional, em livro próprio ou ficha de controle mantido para tal fim o falecimento do sócio, conforme previsão no art. 8º do Provimento 92 do CFOAB. Desta forma, não existe vedação para permanência de nome de sócio falecido na razão social da sociedade de advogados, assim o item “A” está errado. O item “D” é o correto em face de que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, conforme prevê o art. 45 do Código Civil, a personalidade jurídica das sociedades de advogados é fruto do registro na OAB, que para tanto funciona como serviço notarial. Ocorre que o art. 42 do Regulamento da Advocacia prevê que podem ser praticados pela sociedade de advogados, com uso da razão social, os atos indispensáveis a suas finalidades que não sejam privativos de advogado, sendo, portanto, com complemento previsto no art. 4º do Provimento 92/00 do CFOAB a vedação às juntas comerciais o registro de sociedade que inclua a atividade de advocacia entre suas finalidades. Estando o item “D” correto na forma lá explicitado.

8) O advogado Júlio César anunciou seus serviços profissionais em outdoors na cidade em que exercia suas atividades. Ao lado de sua fotografia de paletó e gravata, eram apresentados seu nome, inscrição na OAB, o endereço do escritório, os nomes de alguns de seus clientes mais fa-

mosos na localidade e as frases: A pessoa certa para resolver seus problemas judiciais. A garantia da vitória ou seu dinheiro de volta. Aqui o cliente é quem manda. Com base no CED-OAB, assinale a opção correta a propósito da situação hipotética acima.

A É possível o anúncio dos serviços profissionais de advogados em outdoors, desde que o advogado o faça com discrição quanto ao conteúdo e a forma.

B Não há problema na mera divulgação dos nomes dos clientes na publicidade de Júlio César, já que esta é uma forma de atrair pessoas com os mesmos tipos de problemas jurídicos.

C A seccional da OAB em que está inscrito Júlio César poderá abrir processo disciplinar contra ele, desde que haja representação de um de seus clientes arrolados no anúncio.

D O anúncio em outdoors é tipificado como imoderado e vedado pelo CED-OAB.

É lícito ao advogado, por expressa autorização do art. 28 do CED, anunciar seus serviços profissionais, individual ou coletivo, desde que o faça com descrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade. O provimento 94/00 define quais são os elementos que podem compor a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados. Há, porém outros elementos que são considerados não permitidos ao advogado em qualquer publicidade relativa à advocacia, dentre os quais a vedação a utilização de “outdoor” ou equivalente, tipificado, ainda, esse tipo de publicidade, como imoderada (Art. 30, CED), bem como, a divulgação dos nomes dos clientes (Art. 31, CED). Neste aspecto a resposta correta, por força do dispositivo nos artigos mencionados, é o item “D”, já que, não necessariamente, para abrir, no caso hipotético apontado, representação contra o advogado precisaria ser um dos clientes nominados, bastaria ser qualquer dos interessados, conforme previsão do art. 51 do CED.

9) Em relação ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, assinale a opção correta.

A O Conselho Federal é o órgão competente para autorizar a instalação de cursos jurídicos no Brasil, inclusive promovendo a recomendação das instituições com melhor aproveitamento nos exames de ordem.

B Compete ao Conselho Federal elaborar a lista sêxtupla para indicação dos advogados que concorrerão à vaga de desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios porque é a União que organiza e mantém o Poder Judiciário daquela unidade da Federação.

C O presidente do Conselho Federal tem direito apenas a voz nas deliberações do conselho.

D O voto nas deliberações do Conselho Federal é tomado por cada delegação estadual.

Está posto no art. 54, inciso XIII, do EAOAB, que compete ao Conselho Federal elaborar as listas constitucionalmente previstas, para o preenchimentos dos cargos nos tribunais judiciários de âmbito nacional ou interestadual, com advogados que estejam em pleno exercício da profissão, vedada a inclusão de nome de membro do próprio Conselho ou de outro órgão da OAB. O provimento 80/96 do Conselho Federal cuida do procedimento de indicação das listas sêxtuplas para o quinto constitucional dos TJ's. Para os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, a escolha é dos Conselhos Seccionais, assim como quando se tratar de Tribunal Federal com jurisdição no território de um único Estado. Nesse diapasão, se obser-

va que o item “B” encontra-se errado, pois compete aos Conselhos Seccionais e não ao Conselho Federal à indicação vaga de desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. O Conselho Pleno é um órgão da OAB integrado pelos conselheiros federais de cada delegação, ou seja, de cada Seção, pelos ex-presidentes, conforme art. 74 do Rega. Dentre outras atribuições, compete ao Conselho Pleno autorizar, juntamente com M.E.C, a instalação de cursos jurídicos no Brasil, inclusive promovendo a recomendação das instituições com melhor aproveitamento nos exames de ordem e não ao Conselho Federal. As atribuições do presidente do Conselho Federal estão descritas no art. 55, § 1º do EAOAB, especificamente quanto à deliberação do Conselho Federal (§ 3º, art. 55, EAOAB), estão a de que apenas cabe ao Presidente do Conselho Federal o voto de qualidade e o direito de embargar a decisão, se esta não for unânime. Portanto, se observa que o item “C” encontra-se errado. Por fim, o item “D” está correto em face do § 3º do art. 55 do EAOAB.

10) Em relação à inscrição dos advogados na OAB, assinale a opção correta de acordo com o Estatuto da Advocacia.

A Para a inscrição como advogado, é necessário ser brasileiro nato.

B Além da inscrição principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos conselhos seccionais em cujos territórios tenha atuação em mais de 5 feitos judiciais por ano.

C O exercício em caráter definitivo de atividade incompatível com a advocacia no ano de 2002 implicará o licenciamento do profissional, restaurando-se o número da inscrição anterior após a cessação da incompatibilidade.

D A aprovação em concurso de procurador de município autoriza a obtenção da inscrição como advogado sem que o interessado se submeta ao exame da ordem.

Para inscrição como advogado, é necessário preencher alguns requisitos que estão listados no art. 8º do EAOAB. No § 1º do referido artigo, se observa que não é necessário ser brasileiro para inscrever-se na OAB. O estrangeiro também poderá fazer a sua inscrição, desde que faça prova de sua graduação obtida em instituição estrangeira. Assim, o item “A” está errado. Se o inscrito passa a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia, sua inscrição deve ser cancelada pelo Conselho, de ofício ou em face de comunicação por qualquer pessoa (§ 1º, art. 11 do EAOAB), que na hipótese de novo pedido de inscrição – que não restaura o número da inscrição anterior – deve o interessado fazer prova dos requisitos de outros incisos do artigo referido (§ 2º, art. 11, do EAOAB). Desta forma, implica dizer que o item “C” está errado. Seguindo uma tendência que se manifesta em diversos outros países, o ingresso na OAB se dá através de prova escrita realizada em todo o território nacional. Do exame só estão dispensados, de acordo com o Provimento 81/96 do CFOAB, os que foram aprovados em concurso durante a vigência da Lei n.º 4.215/63, os oriundos da Magistraturas e do Ministério Público e os integrantes das categorias jurídicas elencadas no art. 3º, § 1º do EAOAB, o que não é o caso do Procurador do Município. Portanto, o item “D” está errado. Por força normativa do § 2º do art. 10 do EAOAB além da inscrição principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos conselhos seccio-

nais em cujos territórios tenha atuação em mais de 5 feitos judiciais por ano. Assim o item “B” é o correto.

COMENTÁRIOS À PROVA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Prof.: Daniel Colares

Questão no. 86

O Imposto de renda **será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade**. Esta é a literal disposição do inciso I, do § 2º, do art. 153, da CF/88. A opção “a” é a que deveria ser marcada nessa questão.

Nas demais opções as assertivas são falsas, pelas seguintes razões: a alternativa “b”, por afirmar que a multa constitui tributo, quando, em verdade, tem natureza penal e não tributária; a alternativa “c”, porque, nos termos do art. 118 do CTN, a definição legal do fato gerador deverá ser interpretada abstraindo-se a validade do ato efetivamente praticado pelo sujeito passivo, ou seja, mesmo que o ato tenha sido praticado de forma ilícita (auferir rendas) haverá, em tese, incidência do tributo; e, a alternativa “d”, porque, ao contrário do que ali é afirmado, qualquer tributo só poderá ser instituído por lei (estrita legalidade).

Questão no. 87

A questão trata de atribuição das funções administrativas de *arrecadar e fiscalizar tributos*, reguladas através do art. 7º do CTN. A assertiva correta é a “d”, já que o § 2º, do referido artigo estabelece que esse tipo de *atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido*.

A opção “a” é falsa, pois, conforme explicita o *caput* do referido dispositivo legal, a competência tributária é indelegável. A opção “b” é igualmente falsa, vez que, segundo se verifica no § 1º, do art. 7º, *a atribuição de função compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir*. E, por fim, ao contrário do que declara a alternativa “c”, essas atribuições não podem ser feitas a uma pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física.

Questão no. 88

O § 1º, do art. 153, da CF/88, autoriza o Poder Executivo Federal a alterar as alíquotas do IPI. Conclui-se, obviamente, que o fará por norma infra legal. Assim, a alternativa “c” é a correta.

As demais opções são falsas. A alternativa “a” é incorreta porque confunde o princípio da anterioridade com o princípio da anualidade tributária; a alternativa “b” porque os impostos, em regra, são criados por lei ordinária e não por lei complementar; e a alternativa “d” porque as anuidades dos conselhos de profissionais devem ser majoradas por lei e não por resoluções aprovadas pelas respectivas entidades.

Questão no. 89

Pertencem aos municípios: 25% do ICMS arrecadado pelo estado (art. 158,IV), 22,5% do Imposto de Renda arrecadado pela União Federal (art. 159, I, “b”, da CF/88), 50% do Imposto Territorial Rural-ITR arrecadado pela União Federal em seu território (art. 158, II, da CF/88) e 50% do IPVA arrecadado pelo estado em seu território (art. 158, III, da CF/88).

A opção correta é a “c”, desde que o município não use da faculdade que lhe é assegurada pelo inciso III, do § 4º, do art. 153, da CF/88).

Questão no. 90

A opção correta é a “b”. Os empréstimos compulsórios são criados através de lei complementar (art. 148, da CF/88).

Ao contrário do que consta na alternativa “a”, o IPVA só não observa a estrita legalidade, na fixação de sua base de cálculo (parte final, do § 1º, do art. 150, da CF/88). Por consequência, suas alíquotas são definidas por lei.

No Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza –ISS, a definição dos serviços a serem por ele tributados será feita por lei complementar federal, conforme estabelece a parte final, do inciso III, do art. 156, da CF/88. A opção “c” é falsa.

A alternativa “d” é também falsa, *ex vi* das alíneas “a”, do inciso X e alínea “e”, do inciso XII, ambos pertencentes ao § 2º, do art. 155, da CF/88.

Questão no. 91

A afirmativa correta é a “b”. A capacidade tributária *independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.*

A opção “a” é incorreta já que o administrador da empresa só responderá pessoalmente pelas obrigações tributárias devidas pela pessoa jurídica (que administra), quando age com infração de lei, do contrato social ou dos estatutos ou quando age com excesso de poderes (art. 135 do CTN).

A alternativa “c” é falsa, pelos mesmos fundamentos apresentados no comentário anterior.

Recolher tributo é obrigação tributária principal (art. 113, § 1º, do CTN) e não obrigação acessória, como consta na última assertiva.

Questão no. 92

A opção correta é a “a”. O Imposto de Importação não se submete ao princípio da anterioridade da lei tributária (art. 150, § 1º, parte inicial), nem ao princípio da estrita legalidade, quando se trata de alteração de alíquotas, nos termos do § 1º, do art. 153, da CF/88.

As demais opções estão incorretas pelas seguintes razões: não incide o imposto sobre mercadorias que se encontram em trânsito em nosso território, mas destinadas a outro país; não incide, ainda, sobre as mercadorias exportadas pelo Brasil para o exterior e devolvidas para consertos, em razão de defeitos apresentados; por último, esse imposto exerce, fundamentalmente, função extrafiscal.

Questão no. 93

A alternativa correta é a “d”. Nela encontra-se a reprodução quase que literal da regra contida no art. 146, do CTN: *a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.*

A alternativa “a” é falsa. O termo *a quo* do prazo prescricional é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, não o fato gerador da obrigação, como consta na questão.

A alternativa “b” é incorreta devido a sua parte final, ou seja a legislação que atribui responsabilidade tributária a terceiros não pode ser aplicada ao lançamento, quando é editada após a ocorrência do fato gerador (art. 144, § 2º (última parte), do CTN).

Já a alternativa “c” está incorreta porque, no lançamento, quando a operação é realizada em moeda estrangeira, a autoridade fazendária deverá fazer a conversão para a moeda nacional ao câmbio do dia em que ocorreu o fato gerador. Na opção consta que a conversão deverá ser feita ao câmbio do dia em que o lançamento é realizado.

Questão no. 94

Esta questão é nula porque tem duas opções corretas.

A opção “d” é absolutamente correta. Segundo o art. 155, a concessão de moratória em caráter individual não gera direito adquirido. Nesses termos, sempre que a Administração percebe que o sujeito passivo não fazia jus a esse benefício fiscal ou, se fazia, posteriormente veio a perder esse direito, deverá anular o despacho concessivo e cobrar o crédito devido.

Apesar dessa assertiva ser verdadeira, a afirmação contida na opção “a” também está correta: *A concessão da moratória não interrompe o prazo prescricional do direito à cobrança do crédito tributário, mesmo que, posteriormente, o despacho concessivo do favor seja anulado em virtude de ter sido constatada a existência de dolo ou simulação do benefício.*

A moratória jamais interrompe o prazo prescricional. As hipóteses elencadas no art. 151 do CTN suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Por consequência, a moratória apenas suspende o prazo prescricional.

Os casos de interrupção se encontram taxativamente indicados no parágrafo único, do art. 174, do CTN, não sendo a moratória uma dessas hipóteses. Verifica-se, pois, que a afirmação contida na opção “a” é verdadeira.

Quando fica caracterizada a ação dolosa do sujeito passivo (no momento em que requereu a moratória) é assegurado à Fazenda Pública anular o despacho e cobrar o crédito, nos precisos termos do parágrafo único, do art. 155, do CTN:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

II - sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

A circunstância fática regida pelo dispositivo legal ora destacado não permite interrupção de prazo, mas apenas suspensão. Trata-se de uma impossibilidade fática. Diz o parágrafo: **o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição.** Noutra palavras, será computado o tempo anteriormente decorrido e o posterior, **ficando suspenso o lapso temporal que se encontrava sob a vigência da moratória.**

Acerca disso, diz a doutrina:

“Constituem causa de suspensão da prescrição aquelas que suspendem a exigibilidade do crédito tributário já definitivamente constituído.” (Hugo de Brito Machado, *in* Curso de Direito Tributário, 5ª ed., p.140, 1992).

Sendo a moratória apenas prorrogação do prazo de pagamento e um dos casos do capítulo da ‘suspensão de crédito tributário’ (...), é evidente que essa prorrogação legal da pretensão ou vida do direito e não simplesmente procedimental, suspende a prescrição, porque a credora, embora já tendo constituído o crédito não pode legalmente agir.” (Ruy Barbosa Nogueira, *in* Curso de Direito Tributário, p.343, 1989).

A opção “b” é falsa. A moratória pode ser concedida em favor de determinada classe ou categoria de sujeitos passivos, conforme autoriza o parágrafo único, do art. 152, do CTN.

No gabarito oficial a opção “c” é indicada como verdadeira, ou seja a opção a ser marcada pelo examinando. Eis o texto da opção em relevo:

Não havendo disposição legal em contrário, **presume-se que a concessão da moratória abrange todos os créditos tributários, constituídos ou não, à data da edição da referida lei federal.**

Também nesse aspecto incorreu em erro a Comissão Examinadora. Veja-se a regra de regência da matéria (art. 154 do CTN):

Art. 154. Salvo disposição de lei em contrário, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo.

A princípio, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos até a data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data, por ato regularmente notificado ao sujeito passivo. Não se estende, **salvo expressa autorização legal em contrário**, aos créditos ainda não notificados ao sujeito passivo. Conclui-se, por conseguinte, que a opção “c” é falsa.

Questão no. 95

De acordo com o § 2º, do art. 161, do CTN, quando a consulta, formulada dentro do prazo previsto para o pagamento do crédito tributário, não é respondida em tempo hábil para o pagamento, o *quantum debeatur* não será acrescido de juros de mora ou multa. Assim, a assertiva constante da opção “b” está correta.

Ao receber os três mil reais, a autoridade fazendária deveria dar quitação do IR de 2004, e não o relativo a 2005, atendendo, dessa forma, o disposto no inciso III, do art. 163, do CTN. A opção “a” traz, portanto, uma afirmação falsa.

O texto da opção “c” é frontalmente contrário à regra do art. 170, *caput*, do CTN, já que, se a lei estabelecer, créditos vincendos do sujeito passivo contra a fazenda pública poderão ser compensados.

De igual modo o enunciado constante da opção “d” é incorreto. O art. 162, inciso I, do CTN prevê como uma das modalidades de pagamento aquele feito mediante a emissão de cheque.

COMENTÁRIOS À PROVA DE PROCESSO CIVIL

Prof.: José Maria

Caderno B

Questão 31.

R.: D.

Comentários:

O item "I" está correto, posto que os órgãos jurisdicionais são estabelecidos previamente ao conflito, de modo que não pode ser estabelecido um órgão jurisdicional para solucionar determinado conflito após ele ter ocorrido. Isso configuraria violação ao princípio do juízo natural e à proibição de tribunal de exceção. O item "II" está correto, posto que estabelecido no art. 188 do CPC. O item "III" está correto, posto que a capacidade de ser parte, juntamente com a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória constituem pressupostos processuais (c.f. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 279). O item "IV" está correto, conforme se observa no art. 272 do CPC.

Questão 32.

R.: D.

Comentários:

O item "A" está correto, posto que o juiz somente poderá analisar o mérito da lide se estiverem presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, de modo que são eles pressupostos de admissibilidade de sentença de mérito. O item "B" está correto, estando o princípio da eventualidade positivado no art. 300 do CPC. O item "C" está correto, posto que a Jurisdição Voluntária é conceituada como atividade administrativa realizada no interesse das partes. Não se trata ela propriamente do exercício de função jurisdicional, haja vista que o juiz não está solucionando qualquer litígio. O item "D" está incorreto, posto que o pedido de emancipação é disciplinado no art. 1.112, inciso I do CPC, tratando-se de jurisdição voluntária. Ocorre que nessa espécie de processo não existe litígio, e o juiz não está obrigado a decidir observando a estrita legalidade, podendo adotar, em cada caso, a decisão que reputar mais conveniente ou oportuna, conforme dispõe o art. 1.109 do CPC.

Questão 33.

R.: B.

Comentários:

O item "B" está correto, haja vista que objeção processual são as questões processuais que o juiz pode conhecer de ofício e que não são atingidas pela preclusão, sendo o impedimento uma delas. O item "A" está incorreto posto que não pode ocorrer execução provisória de sentença que esteja sendo atacada por recurso recebido com efeito suspensivo conforme decorre do art. 475-I, §1º do CPC. O item "C" está incorreto posto que o juiz deve julgar mesmo no caso de lacuna ou obscuridade da lei, fazendo uso inclusive da analogia, conforme dispõe o art. 126 do CPC. O item "D" está incorreto posto que a nomeação à autoria somente pode ser suscitada pelo réu, conforme se observa no art. 64 do CPC.

Questão 34.

R.: D (Possível anulação).

Comentários:

O item “I” está correto, posto que a autocomposição tanto pode ocorrer no decorrer de um processo (endoprocessual), como fora de um processo (extraprocessual). O item “III” está correto, posto que as objeções processuais são aquelas em que o juiz pode reconhecer de ofício e não se sujeitam à preclusão, como por exemplo as condições da ação e os pressupostos processuais. O item “IV”, por sua vez, do modo como está redigido, está incorreto. Com efeito, segundo a teoria da asserção (c.f. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. Págs. 313-315) as condições da ação já são fixadas na inicial, de modo que não cabe ao juiz, na sentença, reconhecer a carência de ação caso verifique posteriormente que alguma das condições da ação não se encontram presentes. Para essa teoria, nesse caso deveria o juiz julgar improcedente o pedido do autor. Por fim, no item “II” verifica-se que efetivamente o valor da causa é classificado como critério de fixação de competência relativa. Ocorre que na Lei n. 10.259, de 12.07.2001 (Juizados Especiais Federais), a competência desse órgão jurisdicional, mesmo sendo estabelecida segundo o critério de valor da causa, é considerada absoluta, conforme dispõe o art. 3º, §3º desse diploma legal. Diante disso, essa questão deveria ser anulada.

Questão 35.

R.: A.

Comentários:

O item “A” está incorreto, posto que o órgão do Ministério Público tanto pode oferecer exceção de incompetência relativa do juízo quando atua como fiscal da lei como quando atua como parte. O item “B” está correto, posto que quem detém legitimidade para propor ação popular é o cidadão, conforme dispõe o art. 5º inciso LXXIII da CF/88. O item “C” está correto, posto que previsto no art. 988, inciso VIII do CPC. O item “D” está correto, posto que o órgão do Ministério Público deve intervir no processo quando nele existir interesse de incapaz, conforme dispõe o art. 82, inciso I do CPC, independentemente de o menor estar representado ou assistido.

Questão 36.

R.: A.

Comentários:

O item “A” está correto, posto que cada Estado pode limitar os efeitos das decisões jurisdicionais estrangeiras conforme critérios de conveniência e viabilidade. No nosso ordenamento jurídico essas normas são estabelecidas essencialmente nos arts. 88 a 90 do CPC. O item “B” está incorreto, posto que o CPC de 1973 adotou a teoria da ação como direito autônomo e abstrato. O item “C” está incorreto, posto que o valor da causa não é elemento da ação, mas sim requisito da petição inicial. O item “D” está incorreto, posto que a revogação não é característica da função jurisdicional. Com efeito, caracteriza a jurisdição o fato de a decisão ser proferida em última instância, sem possibilidade de revisão por órgãos de outro “Poder”.

Questão 37.

R.: B.

Comentários:

O item “B” está correto, posto que previsto no art. 273, §6º do CPC. O item “A” está incorreto, haja vista o disposto no art. 280 do CPC. O item “C” está incorreto, haja vista que as partes não podem alterar prazos peremptórios em seu próprio interesse, conforme se observa no art. 182 do CPC. O item “D” está incorreto, posto que a interrupção da prescrição é efeito decorrente da citação válida, conforme dispões o art. 219, *caput* do CPC.

Questão 38.

R.: C.

Comentários:

O item "I" está incorreto, posto que o art. 219, §5º do CPC autoriza o juiz a reconhecer a prescrição de ofício. O item "II" está correto, posto que, em regra, os documentos são apresentados juntamente com a petição inicial e com a contestação, conforme dispõe o art. 396 do CPC. O item "III" está incorreto posto que o cônjuge da parte é impedido de depor como testemunha ao passo que o interdito por demência é incapaz para depor, conforme estabelecem os §§1º e 2º do art. 405 do CPC. O item "IV" está correto, posto que estabelecido no art. 458 do CPC, independente de constar na norma a expressão "requisito".

Questão 39.

R.: A.

Comentários:

O item "A" está correto, posto que previsto no art. 296, *caput* do CPC. O item "B" está incorreto, haja vista que sentenças constitutivas não se sujeitam ao procedimento de cumprimento (execução) de sentença, uma vez que não reconhecem obrigações. O item "C" está incorreto, posto que, no caso de ser revel, o nomeado passa a ser parte passiva no processo, e, como parte, tem legitimidade para apresentar apelação. O item "D" está incorreto, posto que a renúncia ao direito de recorrer ocorre antes de se interpor o recurso. Após a interposição deste, deve ocorrer a desistência do recurso.

Questão 40.

R.: D. (Possível anulação)

Comentários:

O item "D" está incorreto, posto que a penhora não acarreta o desapossamento do bem, mas sim individualiza o bem do patrimônio do devedor que será objeto de futura expropriação e o vincula ao processo. O item "B" está correto, posto que previsto no art. 1.046, *caput* e §1º do CPC. O item "C" está correto, posto que estabelecido no art. 475-J, *caput* e §5º do CPC. Por fim, quanto ao item "A" não existe consenso na doutrina acerca de o inadimplemento ser causa de pedir jurídica do pedido do exeqüente. Com efeito, anota Araken de Assis (*Manual do Processo de Execução*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 189) que Liebman, acompanhado por Costa e Silva, entende que o inadimplemento é fundamento fático da execução. Desse modo, o item "A" também deveria ser considerado incorreto, o que acarretaria na anulação da questão.

COMENTÁRIOS A PROVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof.: Giuliano Menezes Campos

Questão 76) item “C”

A) ERRADO. O art. 37, § 6º da Constituição Federal responsabiliza o Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, devendo o Estado entrar com ação judicial regressiva contra o servidor público, quando este tenha agido com dolo ou culpa, sendo portanto indispensável a ação judicial.

B) ERRADO. A demolição de uma casa é apenas um ato da administração, sem ser ato administrativo, posto que trata-se de uma execução material sem manifestação de vontade.

C) CORRETO. Os atos de opinião, como os pareceres, apenas expressam uma vontade, sem produzir efeitos jurídicos concretos. São atos enunciativos, que apenas enunciam o direito, mas, não o concretizam. Geralmente servem de fundamento para a prática de um outro ato administrativo.

D) ERRADO. A presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo apresenta-se como um dos atributos do ato mais importantes, posto que através dela os atos são tidos como legais, enquanto referida presunção não for afastada por prova em contrário. A obrigação imposta ao agente público de motivar o seu ato não é incompatível com referida presunção de legalidade. O ato deve ser motivado para que possa o particular conhecer as razões do Estado e contra elas, se for o caso, se insurgir.

Questão 77) item “D”

A) ERRADO. A lei n. 9784/99 em seu art. 54 afirma que: “O direito da Administração de anular seus próprios atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Sendo assim, constata-se que referido prazo é de decadência e, não, prazo de prescrição.

B) ERRADO. A revogação deve ser feita por razões de conveniência e oportunidade do ato administrativo e, não, por razões, de ilegalidade. Corroborando o art. 53 da Lei n. 9784/99, pode-se citar a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal (STF) que afirma “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”.

C) ERRADO. A anulação deve ser feita por razões de ilegalidade do ato administrativo e, não, por razões, de conveniência e oportunidade. O art. 53 da Lei n. 9784/99, que disciplina o processo administrativo, no âmbito federal, assim dispõe: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

D) CORRETO. O art. 55 da lei n. 9784/99 admite a convalidação do ato administrativo, sendo, em algumas circunstâncias, mais favorável ao interesse público convalidar o ato administrativo do que anulá-lo.

Questão 78) item “B”

A) ERRADO. A Administração Pública pode rescindir os contratos administrativos por ato unilateral. No entanto, em caso de ser a rescisão motivada por caso fortuito ou força maior, o art. 79, § 2º da Lei n. 8666/93 exige, desde que não haja culpa do contrato, que seja este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados.

B) CORRETO. Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública se diferenciam dos contratos privados celebrados pelo Estado, posto que os contratos administrativos são regidos por normas de direito público, como prevê o art. 54 da lei n. 8666/93, ao passo que os contratos privados não são regidos pelas normas jurídico-administrativas, aplicando-se o regime privado. A presença das cláusulas exorbitantes apresenta-se como a principal característica do contrato ad-

ministrativo, diferenciado-o do contrato privado, sendo a prerrogativa de impor penalidades previstas no art. 87 da lei n. 8666/93 como uma dessas cláusulas.

C) ERRADO. A formalidade é um dos elementos que caracteriza o contrato administrativo, devendo o contrato ser escrito. No entanto, excepcionalmente é admitido contrato verbal, como afirma o § único do art. 60 da Lei n. 8666/93, que assim dispõe: "É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração. Salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, II, a, desta Lei, feitas em regime de adiantamento".

D) ERRADO. A lei n. 8666/93 prevê no art. 65, § 1º prevê o percentual de 25% para os acréscimos e supressões nas obras, serviços ou compras em relação ao valor original do contrato 50% apenas para os acréscimos no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento.

Questão 79) item "A"

A) CORRETO. O art. 24, inciso XXVI da Lei n. 8666/93 expressamente prevê a possibilidade da celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. Referido inciso foi acrescentado pela Lei n. 11107/05.

B) ERRADO. Este princípio significa que a Administração Pública não pode desrespeitar a ordem de classificação na licitação, ou seja, embora o Poder Público não seja obrigado a celebrar o contrato, se for celebrar, deverá respeitar a ordem de classificação, atribuindo o objeto da licitação ao vencedor.

C) ERRADO. O art. 173, § 1º, inciso III admite a elaboração de um ato normativo sobre licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas.

D) ERRADO. O art. 25, inciso II da Lei n. 8666/93 admite a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, sendo vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Questão 80) "B"

A) ERRADO. O art. 37, inciso XIX da Constituição Federal afirma que as autarquias são criadas por lei, enquanto que as fundações e empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) são autorizadas por lei.

B) CORRETO. Os cargos dos dirigentes de empresas estatais são cargos em comissão, não se aplicando aos mesmos a CLT. Referidos cargos em comissão são disciplinados por legislação específica.

C) ERRADO. A Receita federal é um órgão público subordinado ao Ministério da Fazenda, não sendo pessoa jurídica própria, não sendo, conseqüentemente, uma autarquia.

D) ERRADO. O fim do regime jurídico adotado pela Emenda Constitucional n. 19/98, admite a dualidade de regimes (Estatutário e CLT) no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, porém nas empresas estatais, mesmo prestadoras de serviços públicos, os servidores são celetistas.

Questão 81) "C"

A) ERRADO. O Termo de Parceria, em relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) na área federal, corresponde ao Contrato de Gestão em relação às Organizações Sociais (OS). Ambos são instrumentos de acordo entre o Estado e o ente paraestatal, onde são estabelecidos os vínculos de cooperação entre as partes para o estímulo e desenvolvimento de certas atividades definidas em lei.

B) ERRADO. Há divergências em relação à obrigatoriedade ou não de licitação para as entidades do sistema S, porém em relação ao controle pelo Tribunal de Contas da União (TCU) não há dúvidas de que devem se submeter, posto que recebem recursos públicos

C) CORRETO. O Terceiro Setor, composto pelas entidades paraestatais, chamadas também de entidades públicas não-estatais, cresceu demais após as reformas de 1998, reforma administrativa

esta materializada com as emendas constitucionais n.s 19 e 20/98. Referidas entidades, que são pessoas privadas, realizam atividades de interesse público, que interessam ao Estado, razão pela qual o Estado lhes dá alguma forma de fomento, para que potencializem o seu objeto de atuação.

D) ERRADO. As Organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares. Referidas entidades realizam parcerias com o Estado para desempenhar atividades de interesse público, mas que não são típicas, nem exclusivas de Estado.

Questão 82) “D”

A) ERRADO. Referidos requisitos são exigidos para aposentadoria voluntária e, não, para a aposentadoria por invalidez, até porque ficando inválido, o servidor não terá automaticamente condições para trabalhar, aposentando-se automaticamente, independentemente da sua idade, tempo de serviço, dentre outros requisitos.

B) ERRADO. São considerados parceiros do Estado e, não, servidores públicos. Eles não têm vínculo funcional com o Estado. Não são remunerados pelo Estado.

C) ERRADO. Embora seja possível acumular dois cargos efetivos, sendo um de técnico e outro de professor, a doutrina entende que cargos de nível médio de escolaridade não se enquadram como cargo técnico ou científico para efeito de acumulação.

D) CORRETO. A demissão está prevista como uma das hipóteses de punição ao servidor público. Prevista no art. 127 da lei n. 8112/90, deve ser aplicada nas hipóteses previstas no art. 132 da mesma lei, ou seja, em caso de infrações disciplinares mais graves. A exoneração, por sua vez, não tem caráter punitivo, ocorrendo, por exemplo, quando o servidor solicita voluntariamente.

Questão 83) “D”

A) ERRADO. O Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, CF permite sim a possibilidade do Poder Judiciário anular decisões do Tribunal de Contas da União (TCU).

B) ERRADO. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem competência para, entre outras, apreciar as contas do Presidente da República (art. 71, I, CF). O TCU, no entanto, não integra a estrutura administrativa do Poder Legislativo, sendo órgão auxiliar e de orientação deste Poder, não sendo, porém a ele subordinado sob o aspecto administrativo.

C) ERRADO. A Constituição Federal expressamente, no art. 71, II, confere ao TCU competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo-se evidentemente as empresas públicas e sociedades de economia mista.

D) CORRETO. No art. 71, § 3º da Constituição Federal, está expresso que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Questão 84) “B”

A) ERRADO. A denúncia à lide não é vedada, mas, também não é obrigatória, conforme entendimento jurisprudencial dominante, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal (STF). No caso em espécie, sendo o fundamento da ação a responsabilidade objetiva, seria estranho denunciar à lide ao servidor, que, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal só responde em casos de dolo ou culpa.

B) CORRETO. Há um entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante de que a responsabilidade por omissão é subjetiva (Teoria da Falta do Serviço), sendo necessário, conseqüentemente, a comprovação de dolo ou culpa.

C) ERRADO. O servidor público só responde subjetivamente, ou seja, somente em casos de dolo ou culpa. Quem responde objetivamente é o Estado, contra quem deve a vítima entrar com uma ação de indenização fundamentada na responsabilidade objetiva.

D) ERRADO. O comportamento omissivo do Estado em manter uma adutora ou um cabo elétrico gera responsabilidade do Estado por omissão com base na Teoria da Falta do Serviço, posto que embora não tenha sido um agente seu que tenha causado o dano, o seu comportamento omissivo causou referidos danos.

Questão 85) "A"

A) CORRETO. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/92) expressamente prevê no art 23, inciso I, que em relação aos ocupantes de cargos em comissão, o prazo prescricional da Ação de Improbidade Administrativa contar-se-á do término do referido cargo, sendo este prazo de 05 (cinco) anos.

B) ERRADO. A Ação de Improbidade Administrativa segue o rito ordinário (art. 17) de uma ação judicial, havendo momentos próprios para a futura produção de provas segurança jurídica exige que qualquer nova interpretação jurídica realizada pela Administração Pública tenha efeitos futuros.

C) ERRADO. O art. 17 da referida lei confere legitimidade ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de Improbidade Administrativa.

D) ERRADO. A ação de Improbidade Administrativa é uma ação civil, não gozando o eventual agente que o tenha praticado de foro privilegiado.

COMENTÁRIOS A PROVA DE PROCESSO PENAL

Professora.: Ana Karine

1. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção incorreta acerca do desaforamento no processo penal, de acordo com entendimento do STF.

a) A mera suposição de parcialidade do júri, sem nada que a demonstre, fundada tão-somente na circunstância de a irmã da vítima ser funcionária do juízo, é suficiente para a decretação do desaforamento.

b) No processo penal, a competência é determinada pelo lugar em que se consumou a infração, mas, nas hipóteses de julgamento pelo júri, é permitido que seja ele realizado em outra comarca, se presente alguma das circunstâncias previstas no Código de Processo Penal.

c) O desaforamento reveste-se do caráter de medida absolutamente excepcional.

d) A maior divulgação do fato e dos seus incidentes e conseqüências, pelos meios de comunicação social, não basta, só por si, para justificar o desaforamento.

Comentários

a) Incorreto. O art. 424, Código de Processo Penal, autoriza o desaforamento, o qual permitirá seja o crime doloso contra a vida processado em comarca diversa daquela na qual o crime foi consumado quando presentes as seguintes hipóteses: a) interesse da ordem pública; b) dúvida sobre a imparcialidade do júri; c) dúvida sobre a segurança pessoal do réu; d) libelo apresentado por período superior a 1(um) ano. O Tribunal de Justiça somente autorizará o desaforamento se o requerente demonstrar a real presença dos elementos acima mencionados, não sendo suficiente a simples suposição de que pode haver comprometimento à imparcialidade dos jurados.

b) Correto. O item apresenta duas indagações. Ambas estão corretas. É verdadeiro afirmar que o foro competente no processo penal será definido pelo lugar de consumação da infração (teoria do resultado). É o foro principal. Também é correto dizer que presentes as hipóteses do art. 424, CPP, poderá o crime doloso contra a vida ser levado a julgamento na comarca mais próxima, onde não existam os motivos que autorizaram o desaforamento.

c) Correto. O desaforamento realmente constitui medida excepcional, pois representa hipótese de modificação de competência. Assim, incumbe ao Tribunal verificar a real necessidade de subtrair o fato criminoso do conhecimento do júri popular do local onde fora consumado.

d) Correto. O item representa transcrição quase literal de precedente do Superior Tribunal de Justiça redigido nos seguintes termos: *1. A simples alegação de dúvida quanto à imparcialidade do júri – sem maiores elementos de convicção – não afasta a competência do juiz natural. 2. A comoção social em razão da gravidade do fato, bem como a ampla divulgação do crime comumente feita pela imprensa local em casos que tais, por si só, não justificam o desaforamento. 3. Habeas corpus denegado.* (STJ – HC 51860/MG – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 01.08.2006 – p. 556).

2. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) O protesto por novo júri deve ser concedido quando ocorrer condenação igual ou superior a vinte anos, decorrente de um único crime, independentemente de ele ser doloso contra a vida ou a ele conexo.

b) É uníssona a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a admissibilidade do protesto por novo júri quando a condenação decorre de cúmulo material.

c) Em havendo conexão, a absolvição da sanção do crime da competência do tribunal do júri impede o protesto por novo júri que estaria autorizado pela pena imposta em razão do crime conexo.

d) É obrigatória a invocação do direito ao protesto por novo júri.

Comentários

- a) Correto. O protesto por novo júri constitui recurso privativo da defesa, a ser interposto contra decisão oriunda do Júri, que condenar o réu à pena de reclusão igual ou superior a vinte anos. Desde que o mérito da decisão seja do Júri Popular, é irrelevante ter sido a pena fixada pelo crime doloso contra a vida ou pelo delito a ele conexo.
- b) Incorreto. A jurisprudência dos tribunais não permite a interposição do protesto por novo júri quando a pena alcançar ou superar vinte anos em razão do somatório decorrente do concurso material de crimes. Apesar disso, se a reprimenda chegou ao citado *quantum* pela exasperação do concurso formal ou da continuidade delitiva, o inconformismo acima mencionado pode ser apresentado.
- c) Incorreto. Se o réu foi levado a julgamento pela prática de dois crimes em concurso material, é possível que seja absolvido do doloso contra a vida e condenado pelo crime conexo. A despeito de a acusação ter sido julgada improcedente com relação ao crime doloso contra a vida, se a pena do delito conexo alcançou ou superou 20 (vinte) anos o protesto por novo júri pode ser interposto somente com relação a este. O argumento apresentado no item a justifica a afirmação. O recurso em apreço será possível se a decisão for oriundo do Júri, ainda que a pena tenha sido imposta pelo crime comum conexo ao doloso contra a vida.
- d) Incorreto. Os recursos no processo penal representam manifestações voluntárias de inconformismo do sujeito processual que sofreu com o ato jurisdicional um gravame. É o que se extrai da dicção do art. 574, Código de Processo Penal. Não existem, portanto, recursos obrigatórios. Se o acusado, condenado no julgamento leigo, se conformar com o veredicto, não terá que interpor o recurso em comento.

3. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção incorreta acerca do julgamento pelo tribunal do júri.

- a) Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.
- b) As nulidades posteriores à pronúncia devem ser argüidas, sob pena de preclusão, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes.
- c) A produção ou leitura de documento novo será comunicada à parte contrária com antecedência de, pelo menos, três dias.
- d) Pode o tribunal, quando entender necessário para o julgamento do recurso, realizar novas diligências, visando à complementação das provas já carreadas aos autos, o que implica dizer que se trata de um direito do réu.

Comentários

- a) Correto. O item está correto, embora não seja regra exclusiva do procedimento do Tribunal do Júri. Na verdade, o examinador apresentou na alínea em apreço o princípio do prejuízo, o qual diz respeito ao sistema de nulidades no processo penal. Conforme se verifica a partir do art. 563, CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Haverá prejuízo quando a atipicidade processual: a) comprometer as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º., LV, CF/88); b) houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566, CPP). Nas nulidades absolutas o prejuízo decorrente da atipicidade é evidente, enquanto que nas nulidades relativas, o magistrado somente declarará o vício quando demonstrado o prejuízo processual nos termos acima indicados.
- b) Correto. Como sabido, as nulidades relativas deverão ser aduzidas no momento processual indicado pelo art. 571, CPP, sob pena de convalidação (ao contrário das nulidades absolutas, as quais, por não sofrerem, em regra, convalidação, podem ser discutidas em qualquer momento da persecução penal). No procedimento do Júri, as nulidades relativas ocorridas após a pronúncia, devem ser alegadas logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 571, inciso V, CPP). O item em apreço, no entanto, apresenta uma imprecisão. É que o examinador não fez distinção entre nulidade relativa e absoluta. Os vícios insanáveis não têm como momento preclusi-

vo para serem alegados o início da sessão de julgamento, podendo, do contrário, ser discutidas em qualquer momento, inclusive somente por ocasião do recurso de apelação, com fundamento no art. 593, III, a, CPP.

c) Correto. Durante o julgamento perante o júri popular não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo. A restrição temporal do art. 475, CPP, tem por finalidade evitar o elemento surpresa, impedindo que a parte contrária, por não conhecer antecipadamente o conteúdo do documento, não exerça de forma eficaz ampla defesa e contraditório.

d) Incorreto. Embora se possa afirmar, com fulcro no art. 616, CPP, que os tribunais, no julgamento das apelações poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências; não é verdadeiro concluir que constitua a produção dos citados meios de prova direito do réu. No processo penal vigora o princípio da livre iniciativa instrutória do juiz, o qual pode determinar a produção de meios de prova de ofício, com o fim de concorrer com a apuração da verdade material e formar livremente a sua convicção. Apesar disso, não existe para as partes o direito de ver tais diligências realizadas, as quais somente serão colhidas a critério do julgador, o qual deverá aferir a necessidade dos meios de prova no caso concreto.

4. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Não há vedação expressa à liberdade provisória no diploma legal conhecido como

- a) Estatuto do Desarmamento.
- b) Lei sobre o tráfico ilícito de drogas.
- c) Lei Maria da Penha.
- d) Lei das Organizações Criminosas.

Comentários

a) Incorreto. A Lei n. 10.826/2005 proíbe a liberdade provisória (com ou sem fiança) para os crimes de comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de arma de fogo e o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Além disso, o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido não admitirá liberdade provisória com fiança, salvo de aquela estiver registrada no nome do infrator.

b) Incorreto. A Lei n. 11.343/2006 veda o benefício da liberdade provisória (com ou sem fiança) para os crimes definidos nos arts. 33, 1º, 34 a 37, entre eles o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, o financiamento ao tráfico, entre outros.

c) Correto. A Lei n. 11.340/2006 apresenta regras penais e processuais penais para os crimes praticados com violência doméstica e ou familiar contra a mulher, estabelecendo uma série de regras de restrição, a exemplo da inaplicabilidade da via conciliatória da Lei n. 9.099/1995. No citado diploma, no entanto, não foi vedado o benefício constitucional da liberdade.

d) Incorreto. A Lei n. 9.034/1995 proíbe a concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança) para os agentes que tiveram intensa e efetiva participação em organizações criminosas.

5. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Acerca do inquérito policial (IP), assinale a opção correta.

a) Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado — interessado primário no procedimento administrativo do IP —, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia, da qual, porém, excluíram-se os IPs que correm em sigilo.

b) Não é direito fundamental do indiciado, no curso do IP, fazer-se assistir por advogado.

c) No curso do inquérito policial, ao indiciado não é dado o direito de manter-se em silêncio.

d) Todo IP é modalidade de investigação que tem seu regime jurídico traçado a partir da Constituição Federal, mecanismo que é das atividades genuinamente estatais de segurança pública.

Resp.: D

Comentários

a) Incorreto. Ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a fundamentar a atuação do órgão ministerial na persecução penal. Deve-se conciliar os interesses da investigação com o direito de informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, de ter acesso aos autos, a fim de salvaguardar suas garantias constitucionais. O Supremo Tribunal Federal decidiu: "*Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial – é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações*" (HC 82.354/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24/9/2994, p. 42). Como se vê, o item representa mera repetição do precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

b) Incorreto. Embora no inquérito policial não sejam exigíveis as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o investigado tem o direito de ser assistido por advogado nos atos do inquérito policial.

c) Incorreto. A garantia do silêncio se desdobra em: a) advertência do silêncio: b) silêncio propriamente dito. O destinatário do silêncio é o investigado (na fase do inquérito policial, bem como em qualquer apuração) e o acusado (na fase de persecução judicial).

d) Correto. Realmente a Constituição Federal apresenta capítulo específico para tratar de assuntos relacionados à segurança pública, criando órgãos destinados à apuração de infrações penais através do inquérito policial (delitos de médio e de alto potencial ofensivo) e do termo circunstanciado de ocorrência (delitos de pequeno potencial ofensivo).

6. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas não podem ser prorrogadas.

b) As férias forenses interrompem a contagem dos prazos recursais.

c) É competente a justiça federal para o processo e o julgamento de crime praticado dentro de reserva indígena, ainda que, na ocasião, não tenha havido disputa sobre direitos indígenas.

d) É inepta a denúncia que, contendo narração incongruente dos fatos, impossibilita o exercício pleno do direito de defesa.

Comentários

a) Incorreto. Segundo posicionamento do STF, as interceptações telefônicas autorizadas com fundamento na Lei n. 9.296/1996, podem ser decretadas por 15 dias, podendo ser prorrogadas por mais 15 dias, devendo o juiz evidenciar a necessidade da medida excepcional, ou seja, a impossibilidade de se apurar o fato criminoso por outros meios ordinários de apuração.

b) Incorreto. Os prazos processuais não sofrem interrupção por férias, domingo ou dia feriado (art. 798, CPP).

c) Incorreto. Nos crimes em que índio figure como vítima ou testemunha somente conduzirá à competência da justiça federal quando envolver e disputa de direito indígenas. Se o crime foi praticado dentro de reserva indígena, mas não tem relação com os direitos dos índios, a competência será da justiça comum estadual. Sobre o assunto, observe a dicção da súmula 140, STJ.

d) Correto. A denúncia ou queixa deverá ser elaborada observando os requisitos essenciais constantes do art. 41, CPP: a) narração do fato criminoso; b) qualificação do agente; c) classificação jurídica da conduta; d) rol de testemunhas, se a acusação pretender produzir esse meio de prova. A narração da imputação criminal deve ser objetiva, clara e individualizada (no caso de concurso de agentes). Se a postulação acusatória for confusa e incongruente, deverá ser considerada inepta, pois caso seja recebida, prejudicará o pleno exercício da garantia constitucional da ampla defe-

sa. Importante observar que a inobservância aos requisitos essenciais do art. 41, CPP, caracteriza nulidade absoluta.

7. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do *habeas corpus*.

a) Cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

b) É incabível pedido de *habeas corpus* em favor de beneficiado com a suspensão condicional do processo, já que inexistente ameaça à sua liberdade de locomoção.

c) Em princípio, ressalvada manifesta ilegalidade, descabe o uso de *habeas corpus* para cassar indeferimento de liminar.

d) É incabível *habeas corpus* para declarar-se a atipicidade da conduta, mesmo quando esta é verificável de plano, *primus ictus oculi*, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório.

Resp.: C

Comentários

a) Incorreto. A súmula 695, STF, anuncia não ser possível a impetração de *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade. É que se a sanção de restrição à liberdade já foi devidamente cumprida, o título condenatório não apresenta qualquer força coativa à liberdade de locomoção ao então condenado. Se o HC constitui ação autônoma de impugnação para tutela específica da liberdade de locomoção, é correto afirmar não ser o *writ* cabível quando já extinta a pena de privação de liberdade.

b) Incorreto. Beneficiado o agente com a medida de despenalização da suspensão condicional do processo não haverá vulneração direta à liberdade de locomoção. Apesar disso, caso o autor do fato incorra em quaisquer das hipóteses de revogação previstas no art. 89, Lei n. 9.099/1995, o juiz cassará o benefício, determinando a retomada do processo, podendo o réu, ao final, ser condenado a pena privativa de liberdade, motivo pelo qual o *writ* é, em tese, possível.

c) Correto. A súmula 691, STF, reconhece não ser cabível o uso de *habeas corpus* para discutir decisão de indeferimento de liminar em outro *writ*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, admite a impetração para afastar manifesta ilegalidade no *decisum* de indeferimento do pedido de urgência.

d) Incorreto. O HC constitui via de cognição sumária, motivo pelo qual: a) a prova da ilegalidade deve estar pré-constituída juntamente com a exordial da ação; b) o *writ* não admite exame aprofundado do mérito, devendo a coação ou ameaça de coação ilegal ao *status libertatis* ser verificável *primus ictus oculi*, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório. O item está errado, pois a atipicidade pode ser declarada através do *habeas corpus*, desde que o tribunal possa constatá-la pela simples leitura do fato narrado na denúncia ou queixa.

8. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) É cabível recurso em sentido estrito contra decisão que indefere o pedido de conversão do julgamento em diligência para oitiva de testemunhas.

b) Por ser a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos estados, do DF e dos municípios, e inexistir, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da justiça comum estadual.

c) Eventual nulidade do laudo pericial — ou mesmo a sua ausência — descaracteriza o crime de porte de arma, mesmo diante de um conjunto probatório que permita ao julgador formar convicção no sentido da existência do crime.

d) Compete à justiça estadual processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do TCU e não incorporadas ao patrimônio do município.

Resp.: B

Comentários

- a) Incorreto. No processo penal vigora o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias. Excepcionalmente, para as decisões interlocutórias previstas no art. 581, CPP, comportam recurso em sentido estrito. O rol é taxativo, embora a jurisprudência do STJ admita interpretação extensiva. A decisão que converte o feito em diligência para ouvir uma testemunha não admite o recurso em sentido estrito, por não ter sido inserida no art. 581, CPP.
- b) Correto. A Lei dos Crimes Ambientais define as condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, no entanto, não define a competência, estando correto afirmar que incumbe à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios preservar e proteger o meio ambiente, motivo pelo qual define-se, como regra geral, a competência da justiça estadual. Somente o crime atingir, de forma direta e específica, bem, interesse ou serviço da União, a competência será da justiça federal, com fundamento no art. 109, CF/88.
- c) Incorreto. A objetividade jurídica dos crimes tipificados na Lei de **Porte de Armas** não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando, por certo, também, a liberdade pessoal, protegidas mediamente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, o que determina a irrelevância da eficácia da **arma** para a configuração do tipo penal. Assim, a ausência ou nulidade do **laudo pericial da arma** realizado por peritos sem conhecimento técnico especializado não desconfigura o crime em apreço, uma vez que não prejudica a verificação da materialidade delitiva.
- d) Incorreto. O crime de desvio de verbas públicas oriundas da União sujeita a prestação de contas perante órgão federal constitui crime federal, devendo ser processado e julgado perante a justiça comum federal. Por outro lado, o delito de desvio de verbas públicas advindas da União e incorporadas ao patrimônio do município representa crime de competência da justiça comum estadual. Nesse sentido estão redigidas as súmulas 208 e 209, ambos do STJ.

9. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Com relação ao processo penal, assinale a opção incorreta.

- a) O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.
- b) O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law*.
- c) São irrelevantes as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do estado ou do país, pois razões de mera conveniência administrativa não têm precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição.
- d) O estatuto constitucional do direito de defesa é um complexo de princípios e de normas que amparam os acusados em sede de persecução criminal, exceto os réus processados por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

Comentários

- a) Correto. Uma vez citado, o réu integra a relação processual, passando a ter o direito de ser cientificado de todos os atos da persecução judicial, bem como a se fazer presente a eles. O direito de informação e o direito de presença são expressões das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, motivo pelo qual será absolutamente nulo o ato realizado sem a presença do réu. Somente quando declarado revel (art. 367, CPP) o acusado, poderá o juiz conduzir a instrução probatória sem a sua presença, sem que esteja caracterizada nulidade processual.
- b) Correto. Da garantia constitucional do devido processo legal podem ser extraídas as garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5º., LV, CF/88). A ampla defesa se desdobra em autodefesa e defesa técnica. A autodefesa, por sua vez, tem como vertentes o direito de presença, o direito de audiência e o direito de postular pessoalmente em juízo.

c) Correto. É dever do Estado viabilizar a remoção do preso para participar dos atos de instrução probatória, não podendo impedir ou dificultar tal obrigação empecilhos de ordem administrativa, os quais não devem prevalecer sobre a necessidade de se observar a garantia constitucional do devido processo legal.

d) Incorreto. Os ilícitos penais são classificados em delitos de pequeno (ex.: lesão leve), médio (ex.: furto simples) e alto potencial ofensivo (ex.: latrocínio). A ação penal que se desenvolve para apurá-los deve observar a garantia do devido processo legal, como todos os valores dele decorrentes, tais como a ampla defesa, o contraditório, o estado de inocência, a motivação das decisões judiciais, a vedação à prova ilícita, a garantia do silêncio, entre outros. Assim, a potencialidade lesiva do crime não afasta a imposição constitucional de o processo se desenvolver em consonância com a ordem constitucional vigente.

10. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) A interposição de recurso sem efeito suspensivo contra decisão condenatória obsta a expedição de mandado de prisão.

b) Ao tribunal *ad quem* é vedado, em sede recursal, ordenar a prisão do condenado quando improvido o recurso por este interposto, conforme previsão expressa no Código de Processo Penal.

c) A falta ou a nulidade da citação são insanáveis.

d) A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

Comentários

a) Incorreto. Os recursos especial e extraordinário, segundo disciplina da Lei n. 8.038/1990, serão recebidos no efeito devolutivo, não existindo efeito suspensivo. Segundo orientação do STF, se os recursos excepcionais não apresentam suspensividade, a decisão recorrida pode produzir, de logo, os seus efeitos, podendo o tribunal determinar, inclusive, a execução da pena fixada no acórdão recorrido. Assim, não é verdadeiro afirmar que o recurso sem efeito suspensivo impede a expedição de mandado de prisão. Do contrário, na pendência dos recursos em apreço haverá execução provisória, podendo ser o agente encarcerado.

b) Incorreto. O segundo item da questão apresenta o mesmo conteúdo da afirmação acima considerada. Se o juízo *ad quem* negou provimento ao recurso interposto pelo réu, mantendo a condenação contra ele proferida, poderá determinar a prisão do condenado, tendo em vista que os recursos possíveis após a apelação (recurso especial e recurso extraordinário) não possuem efeito suspensivo, conforme acima explicado.

c) Incorreto. Como sabido, são princípios que informam o sistema de nulidades os seguintes: a) prejuízo (arts. 563 e 566, CPP); b) interesse (art. 565, CPP); c) causalidade (art. 573, CPP) e d) convalidação (art. 572, CPP). Normalmente, estará a nulidade processual sanada pela preclusão temporal, ou seja, por não ter sido o vício aduzido no momento oportuno. Com relação às imprecisões dos atos de comunicação do processo (citação, notificação e intimação), o legislador apresenta via de convalidação especial, qual seja, a convalidação pelo comparecimento. De acordo com a redação do art. 570, CPP, a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

d) Correto. O item trata o princípio constitucional da motivação dos atos do poder judiciário (art. 93, IX, CF/88). O magistrado, embora tenha liberdade na apreciação da prova judicial, deverá apresentar as razões lógicas e jurídicas de seu convencimento (livre convicção ou livre convencimento). A motivação exigirá do magistrado, portanto, a apresentação das razões fáticas de seu convencimento, em seguida as razões jurídicas de decidir e, por fim, a subsunção da questão fática à norma de direito aplicável à espécie. A ausência de motivação representa nulidade de ordem absolu-

ta, estando o vício reconhecido pelo próprio legislador constituinte, o qual determina que todos os atos do poder judiciário serão fundamentados, **sob pena de nulidade**.

11. (Exame de Ordem OAB 2007.1 – CESPE/UnB) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus aproveitará aos outros, mesmo se fundado em motivos de caráter exclusivamente pessoal.

b) Dispondo a sentença condenatória — transitada em julgado para a acusação — que o réu pode recorrer em liberdade, condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado, não pode o tribunal *a quo*, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar a imediata execução da reprimenda, pois isso caracteriza *reformatio in pejus*.

c) O ato que determina a expedição de mandado de prisão — proveniente de tribunal (do relator de apelação, por exemplo) — dispensa fundamentação.

d) Há que se falar em piora na situação do condenado por acórdão que, ao reduzir o quantum da condenação, determina seu imediato cumprimento, em oposição à sentença que determinara que tal só ocorresse após o trânsito em julgado.

Comentários

a) Incorreto. Em regra, a decisão dos tribunais no julgamento dos recursos deverá produzir efeitos somente com relação ao sujeito que interpôs o inconformismo. A despeito disso, se o acórdão apresentar como fundamento matéria de ordem objetiva, que não dependa das condições pessoais de cada acusado, poderá o tribunal determinar que o citado ato produza efeitos também com relação aos réus não-recorrentes. Esta possibilidade está anunciada no art. 580, CPP, segundo o qual no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

b) Correto. Os itens b e d apresentam proposições de conteúdo semelhante. Nas duas hipóteses, o examinador está considerando que o juiz proferiu sentença condenatória, autorizando a manutenção do agente em liberdade, para que a pena seja cumprida somente após o advento do trânsito em julgado. Nas duas afirmações a questão pretende saber se o tribunal, ao negar provimento do recurso da defesa, pode autorizar a imediata execução da pena, sem que isso represente violação ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*. Na alínea b – considerada como resposta correta – o examinador conclui que o tribunal não pode determinar o recolhimento do agente à prisão, se o juiz havia condicionado o cumprimento da pena ao advento do trânsito em julgado.

c) Incorreto. Na verdade, em conformidade com a ordem constitucional vigente, a prisão provisória de qualquer pessoa somente pode ser decretada a partir de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (reserva da jurisdição). Considerando que o cárcere processual constitui medida de natureza cautelar, o julgador deverá evidenciar a plausibilidade da ordem prisional, bem como a sua necessidade (*periculum libertatis*); tudo devidamente demonstrado no *decisum* de prisão. Ademais, a prisão antes do advento do trânsito em julgado representa providência excepcional, exigindo do Estado-Juiz a demonstração inequívoca de sua exigibilidade.

d) Incorreto. Este item traz a mesma proposição da alínea b. Nesta hipótese – considerada incorreta – o examinador considera que o tribunal pode piorar a situação do condenado através de acórdão que determina o imediato cumprimento da pena, contrariando a sentença, que havia decidido pela prisão somente após o trânsito em julgado. Além de conterem os itens redação extremamente confusa, apresentam uma imprecisão em seu conteúdo. É que, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, os recursos especial e extraordinário, possivelmente interpostos contra acórdão que negou provimento a recurso da defesa, não possuem efeito suspensivo, podendo a pena ser de logo executada. Assim, se os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo, poderá ocorrer execução provisória da pena, determinando o tribunal o recolhimento do réu à prisão.

COMENTÁRIOS A PROVA DE DIREITO CIVIL

Professor Rommel Barroso

NOTA: O comentário foi feito tendo por base o Caderno **B** da Prova da OAB 2007.1.

Questão 21.

COMENTÁRIO: A questão aborda simultaneamente aspectos do Código Civil propriamente dito e da Lei de Introdução ao Código Civil, demandando uma análise em separado de cada item.

- A)** O art. 1911 do Código Civil cogita da imposição de cláusula de inalienabilidade (e conseqüente impenhorabilidade e incomunicabilidade) a bens objeto de um ato de liberalidade, como a doação. Em regra, o falecimento do doador não extingue a inalienabilidade (RT 389/223), mas, no caso exposto pela questão, a única razão de ser de sua imposição era a circunstância de a mesma garantir um usufruto. Em outros termos, o doador entregou a terceiro um bem, mas conservou o usufruto do mesmo, preferindo, por excesso de cautela, impedir sua alienação (note-se que, mesmo fosse possível alienar o patrimônio, o usufruto se teria mantido). Em tal contexto, a morte do doador/usufrutuário conduz à extinção do usufruto (art. 1410, I, Código Civil), fazendo desaparecer a motivação das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade (o doador impôs ambas, segundo a questão, mas a primeira, como acima dito, já incluiria a segunda) que, por isso mesmo, e considerando serem excepcionais, visto que contrárias ao livre trânsito de bens que caracteriza o Direito Civil como regra geral, devem ser extintas. **Item correto.**
- B)** A teoria da aparência pressupõe, como sua denominação indica, que uma situação irreal (simples aparência) seja aceita como verídica, desde que presentes determinados requisitos, quais sejam, objetivamente: a) situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas - *error communis facti ius* - c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. E subjetivamente: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera: b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu (TJRJ – Ap. 586-89, 28.11.89, 1ª CC, Rel. Des. Renato Maneschy, *in ADV JUR*, 1990, p. 136, v. 48146). **Item correto.**
- C)** A repristinação, fenômeno através do qual a lei “A” teria revogado a lei “B”, mas diante de superveniente revogação da primeira, a lei “B” seria revigorada é admissível no sistema jurídico nacional, desde que com previsão específica em lei, nos termos do preceituado pelo art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Ressalvada essa exceção, não há repristinação aceitável à luz do ordenamento pátrio. **Item correto.**
- D)** O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro realmente determina que, para reger as obrigações, aplica-se a lei do País no qual as mesmas foram constituídas. O item, entretanto, gera uma confusão entre a legislação aplicável e a eleição de um determinado foro para discutir o tema. É direito das partes, inclusive fundado na possibilidade do estabelecimento de cláusulas de eleição de foro (art. 78 do Código Civil), deliberar acerca do foro competente para discutir judicialmente as obrigações que assumem. Isso, entretanto, não se confunde com a definição acerca da lei aplicável a um determinado caso concreto. Esse segundo aspecto caracteriza norma de ordem pública, não disponível ao interesse dos particulares. Conseqüentemente, uma eventual abdicação do foro não tem relação direta com o conjunto de normas que disciplinará a relação obrigacional. **Item incorreto.**

Questão 22.

COMENTÁRIO: Mais uma vez, em lugar de um comentário genérico, a abordagem de cada item individualmente mostra-se mais adequada.

- A) A sentença judicial que decreta a nulidade ou anulação do casamento não é **registrada**, mas **averbada** no Registro de Pessoas Naturais. É o que determinam os arts 10, I, do Código Civil, e 29, § 1º, “a”, da Lei n. 6.015/73. **Item incorreto.**
- B) Os direitos da personalidade compõem o mínimo que assegura a cada um a condição de pessoa. Exatamente por isso, não admitem transmissão ou renúncia, visto que tal implicaria em perder exatamente o *status* de ser pessoa, circunstância que o ordenamento não tolera, até por implicar ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, admitindo a instrumentalização do indivíduo. Pela mesma razão, tais direitos perpetuam-se pela vida do titular (muito embora o termo “vitalício” seja mais adequado que “perpétuo”, visto que a perpetuidade pode ser entendida como extensível além da vida do titular do direito. Assim, diz-se que a enfiteuse é perpétua, porque admite sucessão *causa mortis*, enquanto o usufruto normalmente é apenas vitalício, porque se extingue com a morte do titular, caso não lhe tenha sido fixado prazo) e não podem ser apropriados por terceiro. De último, os direitos da personalidade são, de fato, inatos, decorrentes, no caso da pessoa natural, do simples fato de se haver nascido, constituindo-se em pessoa. Exatamente nesse ponto, a expressão “decorrentes” torna-se dúbia. Se o termo é aplicado como na frase anterior (decorrentes do nascimento) está adequado. Pode, porém, ser utilizado para fazer uma oposição à idéia de inatos, significando direitos que decorrem de alguma circunstância da vida, não se adquirindo automaticamente com o nascimento (o direito de propriedade, v.g., decorre usualmente da tradição, no caso dos bens móveis, e do registro, na hipótese dos imóveis). A utilização da locução “inatos ou decorrentes” é de pouca valia para esclarecer esse aspecto, visto que tanto pode significar uma sinonímia entre os dois termos ou a alternatividade entre eles. Em uma prova objetiva, dever-se-ia evitar tal dubiedade, que macula a questão e poderia ensejar sua anulação. A única maneira de se determinar com precisão o teor da palavra “decorrentes” é analisando os demais itens da questão, que, sendo falsos, deixariam como única opção a ora comentada. **Item correto**, mas sujeito a uma discussão sobre sua validade, ante a possibilidade de duas interpretações conflitantes dadas ao vocábulo “decorrentes”.
- C) A capacidade civil pode ser de direito (ou de gozo) ou de exercício (ou de fato). A capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e contrair obrigações, irmanando-se com a idéia de personalidade jurídica. Assim, da mesma forma que a última não pode ser restringida e é inerente a toda e qualquer pessoa, idêntico é o raciocínio acerca da dita capacidade de direito. A capacidade de exercício, porém, refere-se à possibilidade de prática dos atos da vida civil pessoalmente e pode sofrer restrições de maior ou menor grau, que seriam as incapacidades, respectivamente, absoluta e relativa. Precisamente porque restringível, não se pode afirmar ser a capacidade de exercício *“imanente a toda pessoa”*. **Item incorreto.**
- D) A emancipação, que antecipa os efeitos da capacidade civil plena antes do advento da maioridade, pode ser voluntária, judicial ou legal. A primeira ocorre por ato volitivo dos pais quando o menor tem pelo menos dezesseis anos. A segunda quando determinação judicial, ouvido o tutor, emancipa um menor púbere. Essas duas hipóteses se encontram previstas no art. 5º, Parágrafo Único, I, do Código Civil. Todos os demais casos cogitados pelos outros incisos dessa norma legal são de emancipação legal, inclusive o de exercício de emprego público efetivo. **Item incorreto.**

Questão 23

COMENTÁRIO: dada a diversidade de assuntos (pessoa e domicílio), impõe-se analisada isolada dos itens.

- A) Simples leitura de lei. O art. 76 do Código Civil atribui domicílio necessário ao incapaz, ao servidor público, ao militar e ao preso, como colocado na opção. **Item correto.**
- B) A desconsideração da personalidade jurídica tem como motivação precípua, em sua forma clássica, afastar a pessoa jurídica para atingir o patrimônio de seus membros. No caso da firma individual, porém, não existe essa separação patrimonial, tornando-se desnecessária a aplicação daquela figura. **Item correto.**
- C) “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, é o que dispõe o Parágrafo Único do art. 62 do Código Civil, excluindo, por sua omissão, qualquer hipótese de finalidade lucrativa. **Item correto.**
- D) A República Federativa do Brasil é pessoa jurídica de Direito Público **Externo**. A União Federal é quem detém a condição de Pessoa Jurídica de Direito Público **Interno**. **Item incorreto.**

Questão 24

COMENTÁRIO: A questão aborda as diversas classificações sobre os bens. Convém a análise de cada item individualmente.

- A) A moeda é, claramente, bem móvel fungível, que pode ser substituído por outros de mesmo gênero, quantidade e qualidade, atendendo ao disposto no art. 87 do Código Civil. Precisamente por isso, se “A” assume o dever jurídico (em sentido lato) de entregar determinada quantia a “B”, tem-se obrigação de dar coisa incerta, visto que “*indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade*” (art. 243, Código Civil). Nesse contexto, pode-se afirmar que a moeda é incerta e fungível. **Item correto.**
- B) Os bens públicos dominicais caracterizam-se precisamente por não serem afetados, disso resultando que nada obsta sua alienação (e, portanto, sua disposição), desde que autorizado em lei (art. 101, Código Civil). **Item correto.**
- C) Trata-se de previsões legais expressas. O art. 82, I, do Código Civil, elenca as energias com valor econômico (como a energia elétrica) na categoria de bens móveis, enquanto o art. 3º da Lei n. 9.610/98 faz o mesmo com os direitos autorais. **Item correto.**
- D) A categoria dos imóveis por acessão intelectual, cuja permanência após o novo Código civil vem sendo contestada (o Enunciado n. 11 da I Jornada de Direito Civil afirma sua extinção, com o respaldo de diversos doutrinadores, embora o ponto não seja unânime), presuppõe bens móveis que estejam sendo utilizados a serviço de um imóvel, como o rebanho de uma fazenda produtora de leite. Aquilo que o homem faz aderir permanentemente ao solo, que não pode ser retirado sem sua destruição é imóvel por acessão física. **Item incorreto.**

Questão 25

COMENTÁRIO: Questão suscetível de **anulação**, por indagar acerca de uma opção incorreta quando duas, dependendo de um critério interpretativo, atenderiam a tal qualificação. Verifique-se.

- A) A representação pode ser legal ou convencional, mas, quando lastreada em mandato, indiscutivelmente decorre da vontade, sendo, pois, convencional. **Item incorreto.**
- B) O negócio jurídico pode ser classificado em unilateral, bilateral ou plurilateral quando sua formação depender de apenas uma vontade, de duas ou de várias, respectivamente (não se deve confundir esse aspecto com a classificação de um contrato em unilateral – porque todas as obrigações se concentram em um pólo da relação – e bilateral – porque as obrigações se distribuem entre os contratantes). Se unilateral, o negócio pode envolver uma declaração receptícia de vontade, que precisa ser conhecida e mesmo aceita pela outra parte para gerar efeitos plenos (é o que ocorre, v. g., com a denúncia de contrato), ou não receptícia (que dispensa o referido conhecimento. Por exemplo, a renúncia de herança). **Item correto.**
- C) A capacidade do agente é pressuposto de validade do negócio jurídico (art. 104, I, do Código Civil). Classificá-la, porém, como elemento de existência admite alguma controvérsia doutrinária, visto que é essencial para a existência do negócio que haja manifestação de vontade, válida ou não. Como, todavia, é lícito argumentar que o incapaz sequer manifesta vontade em casos extremos, pode-se, de fato, sustentar a convergência dos requisitos de existência e validade no caso. **Item correto.**
- D) A reserva mental, nos termos do art. 110 do Código Civil, pressupõe que seu autor não queira o que realmente manifestou. A denominada reserva mental ilícita, classificação admitida pela doutrina, é usualmente aceita quando presente a má-fé, a intenção de prejudicar. O item, porém, faz uma associação discutível ao afirmar: *“a reserva mental ilícita ou irregular torna nula a declaração da vontade se desconhecida da outra parte do tempo da consumação do negócio”*. Realmente, a intenção fraudulenta pode resultar em nulidade, mas o conhecimento pela parte contrária, de per si, não é condicionante para que o ato seja válido, como a redação deixa transparecer. Na verdade, pode-se ler o item de duas formas: a) a reserva mental ilícita, no caso de desconhecimento pela outra parte, gera nulidade (não condiciona a invalidade ao desconhecimento, mas apenas o elenca como uma das hipóteses); b) a reserva mental ilícita gera nulidade se desconhecida pela outra parte (condiciona a invalidade ao desconhecimento). No segundo caso, ter-se-ia sério equívoco. De fato, quando a reserva mental é comunicada para a outra parte (portanto, não desconhecida) e ambas a utilizam para lesar terceiro, tem-se, segundo diversos autores, situação fronteiriça com a simulação (posição com relação à qual se guarda alguma reserva, mas que, de qualquer sorte, torna discutível uma questão objetiva, que não deveria suscitar dúvida). É essa a posição, por exemplo, de Maria Helena Diniz, segundo a qual *“a reserva mental desconhecida do declaratório apresenta-se como divergência intencional entre a vontade interna e a declarada; de total irrelevância para o direito é o que ficou no íntimo do declarante ... A reserva mental ilícita conhecida do declaratório é vício social do negócio ensejando sua nulidade e, como há uma aparência de negócio ou declaração sem vontade, deve prevalecer a vontade real sobre a declarada, equiparando-se, aos efeitos, à simulação; acarreta a nulidade do ato negocial, porque a simulação enseja que o negócio seja nulo”* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro*, vol. I, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 437). Logo, pode haver nulidade na reserva mental ilícita ainda quando comunicada à outra parte, sendo certo que, em tal contexto, sustentar a invalidade condicionando-a ao desconhecimento é equivocado. Conseqüentemente, versando a questão sobre uma classificação doutrinária, não se afigura adequado adotar ponto de vista sujeito a controvérsia ou redação dúbia, que pode facilmente resultar na conclusão de que o item está incorreto, invalidando a questão.

Questão 26

COMENTÁRIO: A resposta à questão exige apenas a análise das quatro assertivas, cuja correção deve ser verificada, em lugar das opções propriamente ditas.

Nessa ordem de idéias, na assertiva I, pode-se afirmar que a condição, nos termos do art. 121 do Código Civil, é “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. O referido negócio tanto pode ser gratuito quanto oneroso, visto que a lei não estabeleceu limitação nesse sentido. Logo, a afirmação está correta.

A assertiva II, entretanto, está incorreta, porque a condição resolutiva preserva o negócio até sua ocorrência, conforme dispõe o art. 127 do Código Civil. Conseqüentemente, não se pode cuidar de mera expectativa de direito ou direito eventual pendente quando o negócio já está gerando efeitos (e, portanto, direitos e obrigações) até o momento da verificação da condição.

A assertiva III está correta ao sustentar que a coação, como de resto, todos os denominados vícios de consentimento, torna o negócio anulável (art. 171, II, Código Civil), podendo ser confirmada pela vontade das partes (art. 172, Código Civil).

Finalmente, a quarta afirmação, de que a fraude contra credores gera nulidade ofende o disposto no art. 171, II, Código Civil, que a elenca como causa de anulabilidade. Há, decerto, respeitável corrente doutrinária que sustenta, ao arrepio da letra da lei, ser caso de ineficácia, mas, de qualquer sorte, a hipótese de nulidade está descartada.

Verdadeiras as assertivas I e III, **correto está o item B.**

Questão 27

COMENTÁRIO: A mistura de assuntos (negócio jurídico e obrigações) favorece o seu trato individual.

- A) Remissão é a “*exoneração ou a salvação do ônus ou encargo ou da execução, pelo resgate ou pagamento, que se efetiva, do valor do débito, da obrigação, do ônus ou da execução*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 698). Pressupõe, portanto, o adimplemento de valores, não uma renúncia. **Item incorreto.**
- B) A “*frustração subjetiva dos contraentes*”, cogitada pela afirmação da questão, nada mais seria que a dissociação entre sua vontade real e a manifestada (visto ser a vontade elemento subjetivo), disso resultando que, de fato, o negócio pode restar comprometido, inclusive por erro essencial. **Item correto.**
- C) A mora do devedor pressupõe que, malgrado o descumprimento do negócio, seu adimplemento tardio ainda seria juridicamente útil ao credor. Caracteriza, portanto, inadimplemento relativo, que se diferencia do absoluto, precisamente porque, no último, não subsiste a referida utilidade. A violação positiva do contrato, por sua vez, admite a idéia de que o pacto foi cumprido, mas os denominados “deveres laterais”, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva (como a lealdade) não o foram. Mantém-se claramente a utilidade da prestação para a parte contrária, que, inclusive, já a teria recebido, ainda que eivada de má-fé, caracterizando, também inadimplemento relativo. **Item correto.**
- D) A multa cominatória tem por objetivo funcionar como medida coercitiva, tornando mais oneroso o descumprimento da obrigação. É, porém, mero reforço ao vínculo obrigacional e seu pagamento não extingue o último. **Item correto.**

Questão 28

COMENTÁRIO: Mais uma vez, a disparidade de temas favorece uma análise isolada de cada item, cumprindo, porém, destacar que a divergência quanto ao início da contagem dos juros de mora, objeto do item “c” recomenda a **anulação** da questão, visto que poderia induzir a convicção de dois itens corretos.

- A)** A aluvião é uma forma de acessão física, ou seja, de acréscimo natural à propriedade, constituindo meio de sua aquisição. As definições do item sobre aluvião própria e imprópria não merecem qualquer correção, mas cabe um alerta: a aluvião imprópria não é forma de aquisição da propriedade, somente a própria, visto que, na primeira, a expansão e retração das águas ocorrem ciclicamente, o que significa dizer que nem se perde nem se ganha propriedade com o fenômeno. Tal circunstância não chega a comprometer o item, dado que o mesmo não afirmou ser exatamente a aluvião imprópria uma forma de aquisição de propriedade. **Item correto.**
- B)** Mera questão de terminologia: mora *accipiendi* é a mora do credor, enquanto mora *solvendi* é referente ao devedor. **Item incorreto.**
- C)** O item é discutível. O Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 54, afirma que, na responsabilidade extracontratual, os juros de mora são contados a partir do evento danoso. E claro está que a obrigação decorrente de ato ilícito não encontra qualquer óbice em ser extracontratual. O Código Civil, posteriormente àquela súmula, definiu, genericamente, em seu art. 405, que os juros de mora fluem a partir da citação, o que tornaria o item correto. Porém, mesmo depois do advento da nova Lei Civil, o Enunciado n. 163 da III Jornada de Direito Civil defende: “a regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na súmula 54 do STJ.” Sob tal prisma, o item seria incorreto, visto que tratou de juros moratórios sem limitá-los à responsabilidade contratual. Essa dubiedade de respostas claramente repele a utilização desse ponto em uma prova objetiva, máxime quando a questão proclama existir apenas um item correto.

Questão 29

COMENTÁRIO: À semelhança da maioria das questões, o trato individualizado dos itens é necessário.

- A)** A morte de uma das partes do processo de divórcio antes de seu término, visto que ainda pendente de apreciação um recurso, extingue o feito sem julgamento de mérito (STJ, REsp. n. 331924/SP). Conseqüentemente, o sobrevivente terá o estado civil de viúvo, o que não necessariamente, convém destacar, significar que herdará na sucessão do finado, visto que pode estar separado de fato (ou judicialmente) há mais de dois anos, sendo o culpado por tal situação, hipótese na qual não poderá herdar (art. 1830, Código Civil). **Item correto.**
- B)** A cessão de crédito será onerosa quando o cessionário paga ao cedente para obter o crédito. Será gratuita, quando não houver estipulação de pagamento. Em sua espécie onerosa, a cessão gera responsabilidade do cedente pela existência da dívida (art. 295, Código Civil) e, desde que haja previsão entre as partes, pode ensejá-la também quanto à solvência do devedor (art. 296, Código Civil). Na última situação, decorre da lei civil, em seu art. 297, a limitação dessa responsabilidade em função do valor pago

pelo cessionário, mais juros (além das despesas de cessão). **Item correto.**

- C) Regra geral, somente o que pode ser alienado pode sofrer usucapião de propriedade imobiliária. Como exceções tem-se os bens dominicais que, embora alienáveis, sendo bens públicos, não podem ser usucapidos, e os imóveis gravados com cláusula de inalienabilidade, que admitem usucapião porque a cláusula não é oponível contra o possuidor, estranho ao negócio no qual foi ela estabelecida. **Item correto.**
- D) O penhor tem por objeto bem **móvel** como regra geral e se pode verificar das várias espécies estabelecidas no Código Civil, muito embora seja possível questionar alguns casos, como o penhor de safra (partindo do pressuposto que, enquanto vinculada ao solo, a mesma seria imóvel, havendo, porém, quem a considere móvel por antecipação), o caráter móvel predomina na doutrina e jurisprudência como característica do penhor. **Item incorreto.**

Questão 30

COMENTÁRIO: Amálgama de Direito de Família e Sucessões, recomendando, ainda uma vez, a análise individualizada dos itens. A validade da questão é passível de discussão pela dubiedade de seu item “d”.

- A) A definição de codicilo constante da afirmação é praticamente a reprodução parcial do disposto no art. 1881 do Código Civil. **Item correto.**
- B) O parentesco por afinidade em linha reta (aquele estabelecido com os parentes do cônjuge ou companheiro por ocasião do casamento ou união estável) não se extingue com a dissolução do vínculo matrimonial ou do companheirismo, conforme dispõe o art. 1595, § 2º, do Código Civil. **Item incorreto.**
- C) Em matéria de alimentos, a regra é a impossibilidade de repetição, partindo do pressuposto que os valores já pagos foram consumidos para fins de subsistência. A jurisprudência, mesmo diante da constatação de posterior descabimento do pagamento de tais verbas, não autoriza normalmente sua devolução. **Item correto.**
- D) O item admite duas interpretações. De fato, são herdeiros necessários, genericamente considerados, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. É o que dispõe o art. 1845 do Código Civil: “*são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge*”. Sob esse prisma, seria adequado afirmar que o cônjuge é herdeiro necessário, independentemente de maiores considerações. Claro está, porém, que se, em uma determinada sucessão, houver descendentes, os ascendentes estarão excluídos e o cônjuge poderá ou não concorrer com os primeiros, a depender de seu regime de bens, conforme se depreende do art. 1829 da Lei Civil. A questão alude a um casamento sob o regime de separação obrigatória, justamente uma das três hipóteses que não gera concorrência entre cônjuge e descendentes, fazendo com que a presença dos últimos exclua o primeiro. Nesse contexto, o cônjuge não teria vocação hereditária, ou seja, não atenderia à ordem de chamamento para a sucessão legítima. Assim, nessa sucessão específica, não seria chamado a herdar, razão de se afirmar que não seria herdeiro necessário. Foi essa, claramente, a abordagem adotada pela questão: se não há vocação hereditária, não se chega a herdar efetivamente. Logo, descabe a qualificação de herdeiro necessário. Mais uma vez, porém, considerando que se está a cuidar de uma prova objetiva e que o art. 1845 do Código, acima citado, alude genericamente a descendentes, ascendentes e cônjuge como herdeiros necessários, sem

mencionar evidentemente um caso em concreto no qual uns excluam outros, o item deveria ser anulado, por permitir certa dubiedade, muito embora sua interpretação seja perfeitamente plausível numa sucessão específica.