

1.ª FASE DO 2010.1 EXAME DE ORDEM

RAZÕES PARA RECURSO

DIREITO CONSTITUCIONAL

PROFESSORA LUCIANA RUSSO

PROVA CLÓVIS BEVILACQUA

QUESTÃO 22

A questão, com a devida vênia, está mal formulada, gerando dúvida, por não deixar claro se a destituição é feita pelo Senado Federal ou pelo Presidente da República. Vejamos.

A alternativa A, apontada pelo Gabarito Oficial como correta, tem a seguinte redação: “embora nomeado pelo presidente da República para um mandato de dois anos, o procurador-geral da República **poderá ser destituído do cargo, de ofício**, antes do término do mandato, **por decisão da maioria absoluta dos senadores**”.

O artigo 128, § 2º, da Lei Maior, dispõe que: “A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser **precedida de autorização** da maioria absoluta do Senado Federal”.

Ora, o Presidente da República é quem tem a iniciativa quanto à destituição, a qual somente poderá concretizar-se com a prévia autorização da maioria absoluta dos senadores. Tal qual redigida a questão, é possível interpretar que o Senado, de ofício, por maioria absoluta dos senadores, destitui o procurador-geral da República, sendo que tal competência é do presidente da República. É, portanto, o presidente da República quem destitui o Procurador-Geral da República, precedido tal ato da autorização do Senado, pelo *quorum* de maioria absoluta.

Desse modo, considerando a redação dúbia, entende-se ser hipótese de anulação da questão.

DIREITO ADMINISTRATIVO

PROF. ELISSON COSTA

A primeira questão é a seguinte (PROVA SOBRAL PINTO):

51. Acerca da desapropriação e dos institutos a ela relacionados, assinale a opção correta.

a) No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na sentença; desse modo, só serão devidos esses juros se o pagamento não for feito até 1.º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito.

b) Tratando-se de desapropriação por utilidade pública para a realização de obra, as áreas contíguas necessárias à execução da obra poderão ser abrangidas pela desapropriação, independentemente da inclusão dessas áreas na declaração de utilidade pública.

c) A fase declaratória, durante a qual o poder público manifesta sua vontade na futura desapropriação, é iniciada com a declaração expropriatória e formalizada por meio de ato exclusivo do chefe do Poder Executivo federal, estadual ou municipal; por isso, não pode o dirigente máximo de autarquia ou de agência reguladora, por exemplo, expedir declaração expropriatória.

d) O decreto expropriatório caduca no prazo de cinco anos caso a desapropriação por utilidade pública não seja efetivada mediante acordo ou judicialmente, sendo o termo final desse prazo, para as desapropriações que correrem na via judicial, o do trânsito em julgado da ação de desapropriação.

Comentário: a Cespe passou como certa a alternativa **A**. No entanto, o Decreto-Lei n. 3365/41 que trata da desapropriação em seu art. 15-B, menciona algo diverso do exposto na questão. Vejamos: esse artigo trata do prazo de contagem dos juros moratórios que deverão ser contados "a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito". A questão, diferentemente da lei, diz que os juros moratórios só serão devidos se o pagamento não for feito até 1.º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito. Isso está errado, pois a lei trata, conforme posição de Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso*

de *Direito Administrativo*, p. 877), da contagem do prazo dos juros. Pela leitura da questão, os juros só serão devidos se o pagamento não for feito até 1.º de janeiro, mas não é isso que o texto de lei diz, pois a interpretação correta é que eles serão devidos quando houver atraso no pagamento e o prazo de contagem é a partir de 1.º de janeiro do exercício seguinte àquele que deveria ser feito. Portanto, esse prazo de 1.º de janeiro fixa a contagem dos juros, logo os juros moratórios serão sempre devidos quando houver atraso no pagamento, e o prazo de contagem será feito de acordo com o disciplinado no art. 15-B do decreto mencionado. **A questão deve ser anulada.**

56. Com relação ao processo administrativo federal, assinale a opção correta.

- a) Não se admite a intimação fictícia.
- b) Ao processo em apreço não se aplica o princípio que veda a *reformatio in pejus*.
- c) Não se admite a legitimidade de associação para a defesa de direitos ou interesses difusos.
- d) Não pode uma autoridade hierárquica superior delegar a uma autoridade inferior o poder de decidir, em primeira instância, os processos administrativos de sua competência não exclusiva.

Comentário: embora parte da doutrina administrativa entenda que não é possível a *reformatio in pejus* no processo administrativo, considerando até inconstitucional essa possibilidade (Sérgio Ferraz e Adilson Dallari), a Lei n. 9.784/99, no art. 64, parágrafo único, prevê essa possibilidade. Com relação à intimação fictícia, lendo com mais calma a lei, o art. 26, § 4.º, traz essa possibilidade. Portanto, agora com tempo para refletir, entendo que o gabarito da Cespe está correto para essa questão e peço-lhe desculpas e aos demais colegas pelo equívoco.

FUNDAMENTO DAS QUESTÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

PROVA CLÓVIS BEVILACQUA

PROF. CAIO BARTINE

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prova da matéria de Direito Tributário foi desprovida de tecnicidade jurídica, demonstrando total desconhecimento de diversas temáticas pelo elaborador das questões em si.

Passemos à análise das questões divergentes:

QUESTÃO 61

Contribuição cobrada de servidor público estadual e destinada ao custeio de seu plano de aposentadoria público deve ser recolhida

Assertiva considerada correta pela Cespe: A (A União, se o servidor for mero detentor de cargo em comissão estadual – declarado em lei de livre nomeação e exoneração – independentemente de o estado ter ou não, regime previdenciário próprio).

Assertiva considerada correta pelo gabarito extraoficial pelo CJDJ: D

Veja que, com o advento da EC n. 41/2003, a inserção do § 1.º do art. 149 da CF determina que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir uma contribuição com o fim de **custeio do regime previdenciário dos seus servidores**, observado o disposto no art. 40 da CF. Pela análise do art. 40 da CF, os servidores federais, estaduais e municipais, detentores de **cargo efetivo**, terão observância de um regime previdenciário [...], dando-se seqüência outros termos que, aqui, não nos importa.

Ora, o mínimo exigido seria determinar que os Estados têm o dever de recolher tal contribuição estadual, independente de ter ou não regime próprio, sendo essa parte final inclusive discutida com o advento da EC n. 20/98.

Assim, ou a OAB deverá colocar como **anulada** a resposta ou incluir como sendo correta a assertiva **D**.

QUESTÃO 62

Caso determinada empresa se dedique exclusivamente à produção de manufaturados destinados à exportação, a ela se imputa a obrigação de pagar

Assertiva considerada correta pela Cespe: B (imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza).

Assertiva considerada como correta pelo gabarito extraoficial pelo CJDJ: A (IPI).

Primeiramente, ressalta-se que a menos correta seria tal assertiva, pelo simples fato de que, sobre produtos manufaturados, não existe incidência direta de IPI, uma vez que se analisa a Tabela de Incidência de IPI, em seu art. 4.º, não se considerando o produto manufaturado espécie de industrialização. Doutro modo, o simples fato de se exportar não significa que a empresa vá auferir rendimentos, uma vez que poderá incidir sobre regras de isenção, dentre outros benefícios fiscais.

A questão, além de mal formulada, leva ao entendimento de generalidade, de falta de tecnicidade, não podendo se prever qual a incidência de tributos na questão.

Portanto, tal questão também deverá sofrer **anulação**.

DIREITO CIVIL

PROF. FÁBIO FIGUEIREDO

PROVA CLÓVIS BEVILACQUA

QUESTÃO 31

Acerca do direito de família, assinale a opção correta.

- a) O casamento inexistente não pode ser declarado putativo.
- b) É inválido o casamento contraído por coação a qualquer dos cônjuges.
- c) O casamento religioso com efeitos civis passa a produzir efeitos somente a partir da data em que é efetivado o seu registro perante o oficial competente.
- d) A existência de impedimentos dirimentes absolutos acarreta a ineficácia do casamento.

Comentário: a alternativa **A** que foi assinalada pela banca como correta, de fato, está correta. No entanto, a simples análise dos arts. 1.548, 1.550 e 1.558 denotará a posição da coação que invalida o casamento. Desse modo, diante da teoria das invalidades, não se pode negar que o casamento contraído sob coação é inválido, estando, portanto, essa alternativa (B) correta também.

QUESTÃO 33

No que diz respeito à extinção dos contratos, assinale a opção correta.

- a) Ainda que a inexecução do contrato seja involuntária, a resolução ensejará o pagamento das perdas e danos para a parte prejudicada.
- b) A eficácia da resolução unilateral de determinado contrato independe de pronunciamento judicial e produz efeitos *ex nunc*.
- c) Na resolução por onerosidade excessiva, não é necessária a existência de vantagem da outra parte, bastando que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa.
- d) A resolução por inexecução voluntária do contrato produz efeitos *ex tunc* se o contrato for de execução continuada.

Comentário: o gabarito assinalado foi a letra **B**. No entanto, a resolução não é tema de extinção por convenção ou vontade. Desse modo, a situação aqui é de resilição e não de resolução. Além disso, a assertiva **C** está correta, pois a extrema vantagem será dispensada para a resolução contratual por onerosidade excessiva. Sobre a desnecessidade da extrema vantagem, o Conselho Nacional de Justiça já se manifestou: “365 – Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

A doutrina também se manifesta nesse sentido:

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos*. p. 152.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. v. IV, p. 169 e ss. e 275 e ss.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v III, p. 80 e ss.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. v. III, p. 196

QUESTÃO 34

Assinale a opção correta com relação ao registro, exigido na transmissão da propriedade de bens imóveis.

- a) Vendido o imóvel a duas pessoas diferentes, será válido o registro ainda que realizado pelo adquirente que possua o título de data mais recente.
- b) Se uma pessoa vender imóvel seu a outra e esta, por sua vez, o vender a terceiro, será possível, provada a regularidade dos negócios, o registro desse último título translativo sem que se registre o primeiro.
- c) Realizado o registro do título translativo, este produzirá efeitos *ex tunc*, o que torna o adquirente proprietário desde a formalização do título.
- d) Sendo o registro, no âmbito do direito nacional, meio necessário para a transmissão da propriedade de bem imóvel, sua realização importa presunção absoluta de propriedade.

Comentário: a letra **A**, assinalada pela banca como correta, merece comentário, posto que somente poderá ser considerada como correta se os negócios jurídicos não forem ambos considerados regulares, pois, se o forem, o registro não poderá se dar desse modo, diante do princípio da continuidade do serviço público.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROF. STELLA MACIEL

PROVA CLÓVIS BEVILACQUA

QUESTÃO 46

João ajuizou ação em que pretende a anulação de título de crédito emitido em favor de sua ex-esposa. Ao despachar a inicial, o juiz descobriu que a ré já havia ajuizado, em outro juízo da mesma comarca, ação cautelar de arresto fundada no mesmo título.

Considerando a situação hipotética apresentada, assinale a opção correta.

- a) A competência do juízo, no caso, será fixada em razão da matéria, de modo que caberá o julgamento a uma vara cível, a ser definida entre as instaladas na comarca, pelo critério da prevenção.
- b) Caso a cautelar já tenha sido despachada em primeiro lugar, o juiz que proferiu o despacho estará vinculado a seu julgamento e será, por isso, competente para o julgamento do processo principal.

- c) Dadas as partes envolvidas na lide, a competência para processá-la será da vara de família instalada na referida comarca.
- d) Será considerado preventivo o juízo em que tramita a ação cautelar caso nesta já tenha sido citado o réu em primeiro lugar.

A comissão encarregada da elaboração do Exame de Ordem apontou como correta a alternativa **A**.

Entretanto, conforme a seguir será demonstrado, a alternativa apontada como correta contém erro, razão pela qual requer o examinando seja anulado o referido teste.

A questão trata de situação em que existe conexão. Em havendo ações conexas, impõe-se a sua reunião a fim de se evitar julgamentos conflitantes.

O que se entende ser razão a ensejar a anulação é o fato de a alternativa apontada como correta fazer menção à competência material. O critério para determinação de competência nas ações cautelares **não é a matéria**. A teor do que preconiza o art. 800 do Código de Processo Civil, a competência é funcional, ou seja decorrente da função do julgador. A competência funcional decorre da possibilidade de mais de um órgão atuar no processo. Ela pode ser inferida em dois planos, no vertical e no horizontal. A aferição da competência no plano horizontal provém da possibilidade da atuação de mais de um órgão para o julgamento de determinada matéria, sem que exista hierarquia entre eles. É o caso tratado na questão.

“As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”. É o que determina o art. 800. No mesmo sentido é o art. 108, que estatui: “A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal”.

A cautelar é uma ação acessória, dado o seu nítido caráter instrumental. É ajuizada em função da ação principal, tendo por principal finalidade o afastamento de uma situação de risco de que o processo principal se torne imprestável.

Se a ex-esposa de João propôs medida cautelar de arresto, a finalidade da medida foi evitar que este se tornasse insolvente, impedindo que ela recebesse o crédito representado no título. Necessário, portanto, o

ajuizamento, pode parte de sua ex- esposa, da ação principal (sob pena, inclusive, de perda de eficácia da tutela cautelar). **A competência, no caso em tela, é a do juiz competente para conhecer e julgar da ação principal retromencionada.**

A redação, em uma assertiva de teste cujo tema é medida cautelar, de que a competência será fixada em razão matéria, com a devida *vênia*, não pode ser considerada correta. Certamente, o examinando que tem conhecimento acerca do tema competência, ao ler tal informação, por decorrência lógica, tomaria como primeira atitude o descarte da assertiva em questão.

Ademais, afirmar que o critério para fixação da competência é o da prevenção torna a redação da assertiva **B** correta, senão vejamos.

Diz a assertiva **B** que se a cautelar houver sido despachada em primeiro lugar, o juiz que proferiu o despacho está vinculado ao seu julgamento. Nesse sentido, vale dizer, o juiz que despacha em primeiro lugar é o juiz do órgão prevento para o julgamento da causa. É o que preconiza o art. 106 do Código de Processo Civil: “Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar”.

Logo, interpretando a redação da assertiva **B**, o juízo prevento (aquele que despachou em primeiro lugar) fica vinculado ao julgamento do feito. Note-se que a redação da assertiva **B** é exatamente a mesma (dito com outras palavras) da parte final da alternativa **A**. Com relação à parte inicial da alternativa **A**, que faz menção à competência material, não é demasiado lembrar que o critério funcional de aferição da competência caracteriza norma de competência absoluta, pelo que inderrogável. Assim, em não sendo respeitadas normas relativas à competência funcional, o processo fica eivado de vício insanável. Tanto é assim que a incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício pelo Magistrado, não se sujeitando, caso não haja reconhecimento no prazo, à preclusão.

Questão 78

Determinada empresa, ao apresentar contestação em processo trabalhista, formulou pedido de concessão da justiça gratuita, alegando dificuldades financeiras, sem a devida comprovação de incapacidade, e anexou, apenas, declaração de miserabilidade firmada por seu representante legal. A respeito dessa situação hipotética e do benefício da justiça gratuita, assinale a opção correta.

- (A) Para que possa usufruir do benefício da justiça gratuita, a empresa em questão deve comprovar a sua condição de miserabilidade.
- (B) Pessoas Jurídicas não fazem jus aos benefícios da justiça gratuita no processo do trabalho, podendo apenas requerer o pagamento das custas ao final do processo.
- (C) Os benefícios da justiça gratuita só podem ser concedidos aos reclamantes.
- (D) A simples alegação de dificuldades financeiras é suficiente para a concessão do referido benefício.

Comentário: para o Jurista Sérgio Pinto Martins, Professor Titular da Universidade de São Paulo, Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região, os benefícios da justiça gratuita no processo do trabalho podem APENAS ser concedidos ao RECLAMANTE.

A lei não concede o benefício à empresa.

Assim, nos termos da legislação vigente e consoante o entendimento de renomada doutrina, deve ser considerada correta a alternativa **C**:

(C) Os benefícios da justiça gratuita só podem ser concedidos aos reclamantes.

É verdade, entretanto, que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem concedido os benefícios da justiça gratuita a empresa que não tenha condições financeiras de arcar com o pagamento das custas processuais, conforme se verifica em acórdão de lavra do ilustre Min. Dr. Pedro Paulo Teixeira Manus (veja CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 2010.).

Ocorre que o art. 790, § 3.º, da CLT, estabelece que a justiça gratuita será concedida em qualquer grau de jurisdição, a requerimento ou de ofício, à parte que DECLARAR que recebe até 2 (dois) salários mínimos ou que, embora receba quantia superior, a demanda poderá prejudicar o seu sustento e o de sua família.

A lei não exige a comprovação, mas a simples declaração.

Nesse sentido, a empresa que DECLARAR não ter condições de pagar as custas deve ser isenta, de acordo com a lei e com a jurisprudência do TST, o que leva o candidato a assinalar a alternativa **D**, abaixo transcrita :

- (D) A simples alegação de dificuldades financeiras é suficiente para a concessão do referido benefício.

DIREITO INTERNACIONAL

PROF. EMERSON MALHEIRO
PROVA CLÓVIS BEVILACQUA

Penso que a **QUESTÃO 11** é passível de anulação, pois, na prova Clóvis Bevilaqua:

Quanto à alternativa **A** (“O secretário geral da ONU, eleito pelo Conselho de Segurança [...]”), o secretário geral é eleito pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança, na forma do art. 97 da Carta da ONU (1945). Está, portanto, ERRADA.

Já na alternativa **C** (“Poderão ser admitidos como membros da ONU todos os Estados que o desejarem, independentemente de condições de natureza política ou de outro teor”), os Estados deverão aceitar condições, e mais, a admissão será efetuada por decisão da Assembleia Geral, na forma do art. 4.º, § 1.º, da Carta da ONU (1945). Está, portanto, ERRADA.

Quanto à alternativa **D** (“Principal órgão da ONU, a Assembleia Geral é composta de todos os membros da organização, tendo cada Estado-membro direito a apenas um representante e um voto”), segundo o art. 9.º, § 2.º, da Carta da ONU (1945), cada membro não deverá ter mais de cinco representantes na Assembleia Geral. Ora, se não pode ter mais de cinco, é óbvio que pode ter mais de um. Está, portanto, ERRADA.

Sobrou-nos a alternativa **B** (“O Conselho de Segurança da ONU compõe-se de cinco membros permanentes e de dez membros não permanentes, todos indicados pelo próprio Conselho, devendo estes últimos cumprir mandato de dois anos”). O art. 23, § 1.º, da Carta da ONU (1945), estatui que a escolha dos integrantes é feita pela Assembleia Geral, mas nada menciona sobre a indicação, o que nos faz supor que ela se dá pelo próprio Conselho. Já o art. 23, § 2.º, do mesmo diploma, estabelece o mandato de dois anos. É importante destacar que suposição não fundamenta uma resposta a questão de prova.

Assim, toda a questão deve ser ANULADA.