

Coordenação Pedagógica OAB – Março de 2015

Prof. Darlan Barroso

FUNDAMENTOS PARA RECURSOS - 1ª FASE DO XVI EXAME UNIFICADO OAB/FGV

Orientações de interposição do recurso

- ✓ O prazo para a interposição dos recursos será das 12h00 do dia 31/03 às 12h00 do dia 03/04 (horário de Brasília)
- ✓ O recurso deverá ser interposto por meio eletrônico, no site da FGV, com uso da senha de acesso pessoal.
- ✓ O recurso será interposto por questão objetiva, limitado a até 5.000 caracteres cada um.
- ✓ **Ao elaborar o recurso o candidato não poderá criar nenhum dado de identificação, sob pena de ser liminarmente indeferido.**
- ✓ Ao redigir os argumentos, mesmo utilizando os fundamentos disponibilizados pela Coordenação, redija o texto com suas palavras, evitando padronização ou modelos.
- ✓ No texto, tenha clareza e objetividade, requerendo ao final de cada item a “anulação da questão com o deferimento da pontuação respectiva”.

Importante: no caso de anulação de questão da prova objetiva, a pontuação correspondente será atribuída a todos os examinandos indistintamente, inclusive aos que não tenham interposto recurso.

Caso o candidato tenha acertado a questão e, conseqüentemente, já tenha ocorrido o cômputo da nota, não haverá a atribuição de nova pontuação em caso de anulação.

A equipe de professores OAB do Complexo Damásio de Jesus analisou todas as questões da prova, bem como aquelas comentadas nas redes sociais como passíveis de recursos e, deliberou pela fundamentação e pedido de anulação das questões seguintes (**tipo branco - 1**):

- **Direitos Humanos** – questão n.º 21
- **Direito Tributário** – questão n.º 28
- **Direito Administrativo** – questões n.º 29, 33 e 34
- **Direito Civil** – questão n.º 40
- **ECA** – questão n.º 44
- **Direito Penal** – questão n.º 61
- **Direito do Trabalho** – questão n.º 71

FUNDAMENTOS

Para os fundamentos, observe o número da questão e a respectiva prova (utilizada prova **TIPO BRANCA – 1**) faça a correspondência com a sua prova.

DIREITOS HUMANOS
Professor Ricardo Macau

Questão 21

Em setembro de 2014, na cidade de São Paulo, foi inaugurado o Centro de Referência e Acolhida para Imigrantes (CRAI), que é o primeiro do país e tem como objetivo oferecer a estrutura de uma casa de passagem e auxiliar os imigrantes na adaptação à vida na capital paulista, além de dar condições para a autonomia de tais imigrantes. Do ponto de vista dos Direitos Humanos, essa situação é regulada pela Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela ONU em dezembro de 1990 e em vigor desde julho de 2003. Em relação ao posicionamento do Estado brasileiro essa Convenção, assinale a afirmativa correta.

- A) A Convenção não foi ratificada pelo Brasil e, por isso, suas normas não produzem efeito jurídico em território brasileiro.
- B) A Convenção foi ratificada pelo Brasil e, por isso, suas normas podem ser juridicamente exigidas.
- C) A Convenção foi ratificada pelo Brasil, mas não foi regulamentada. Por isso, suas normas possuem efeito contido no território brasileiro.
- D) A Convenção não foi ratificada pelo Brasil, mas suas normas produzem pleno efeito jurídico, uma vez que as normas de Direitos Humanos não dependem de ratificação para vigorar em território brasileiro.

Fundamentos recursais

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, assinada em 1990 e vigente no plano internacional desde 2003, ainda não foi ratificada pelo Brasil. A ausência de ratificação do referido tratado pelo Estado brasileiro não possibilita a aplicação concreta do teor da convenção no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, NÃO SE PODE AFIRMAR QUE “suas normas não produzem efeito jurídico em território brasileiro”.

Todas as convenções celebradas no âmbito internacional, inclusive aquelas relativas à promoção dos direitos humanos, devem observar as regras presentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada em 2009, pelo Brasil. Esta Convenção traz, em seu art. 18, A OBRIGAÇÃO DE NÃO FRUSTRAR O OBJETO E FINALIDADE DE UM TRATADO ANTES DE SUA ENTRADA EM VIGOR. Isso significa que, no lapso compreendido entre a assinatura e a ratificação do tratado, o Brasil, por ser um Estado que expressou sua intenção em obrigar-se ao tratado ao enviá-lo à apreciação do Legislativo (Mensagem 696/2010 do Poder Executivo), não pode praticar atos incompatíveis com o teor da convenção pendente de ratificação. Assim, a partir do momento em que manifestou interesse em se vincular ao tratado, sob pena de violar o princípio da boa-fé nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil deve se abster de condutas que poderiam esvaziar o conteúdo normativo da convenção que, no futuro, possa vir a ter vigência no plano interno.

Com efeito, ao comentar o art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, SIDNEY GUERRA esclarece que a efetividade de um tratado “não fica atrelada à incorporação do tratado à legislação doméstica de um Estado, possuindo aplicabilidade imediata nos ordenamentos internos dos signatários, possibilitando maior proteção antes da entrada em vigor do mesmo” (in Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), Aziz Tuffi Saliba (org), Belo Horizonte, Arraes Editores, 2011, p. 105).

Tendo em vista o erro grosseiro de afastar a incidência do art. 18, alínea “b”, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 à situação narrada no enunciado da questão,

requerer-se a ANULAÇÃO DA QUESTÃO, haja vista que não existem alternativas adequadas ao preciso enquadramento jurídico da situação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias em relação à obrigação de não frustrar seu objeto e sua finalidade contraída pelo Brasil ao iniciar os trâmites internos tendentes a viabilizar a ratificação do tratado.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Professor Caio Bartine

Questão 28

Em 2007, a pessoa jurídica Y recebeu notificação para pagamento de débitos de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Em 2014, diante da constatação de que a contribuinte não havia apresentado qualquer impugnação e nem realizado o pagamento, o Município X ajuizou execução fiscal para a cobrança destes créditos. Considerando os fatos narrados e as disposições da Lei nº 6.830/80, o juiz, ao analisar a inicial da execução fiscal proposta pelo Fisco,

A) poderá, de ofício, reconhecer e decretar a prescrição somente depois de ouvida a Fazenda Pública.

B) poderá, de ofício, reconhecer e decretar a prescrição somente depois de ouvida a Fazenda Pública e a contribuinte.

C) poderá decretar a prescrição de ofício, independentemente da prévia oitiva da Fazenda Pública.

D) só poderá decretar a prescrição se esta vier a ser suscitada pela contribuinte.

Fundamentos recursais

O enunciado proposto diz respeito a aplicação do instituto da prescrição tributária segundo as disposições da lei 6.830/80

De acordo com a referida lei, a única alusão que se faz sobre a prescrição conferida de ofício encontra respaldo no art. 40, §4º, que versa sobre a prescrição intercorrente, senão, vejamos:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução fiscal enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

*§4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, **o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato***

O enunciado deixa claro que as disposições que devem ser observadas pelo candidato referem-se à Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80). Cediço é que as disposições contidas no CTN não dizem respeito a determinação da prescrição, independentemente da oitiva da Fazenda Pública. Reza o CTN, em seu artigo 174:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Verifica-se claramente, a desconformidade do enunciado com a resposta exigida do candidato; isto porque, segundo o entendimento esposado pela própria Fazenda Pública, uma vez que o crédito tributário trata-se de um bem público, sendo este, portanto, patrimônio indisponível, a decretação da prescrição dependerá de oitiva da Fazenda, mesmo que tal manifestação seja “pro forma”, visto as garantias que o crédito tributário possui.

Destarte, a banca examinadora, com base no enunciado invocado, deverá considerar como correta, de igual modo, a alternativa A da questão 28 da prova Tipo I (Branca), ou ainda, sua anulação, por não se coadunar com os dispositivos contidos na Lei de Execução Fiscal (Lei 6830/80) e no art. 174 do CTN.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Professor Celso Spitzcovsky

Questão 29

Carlos, servidor público federal, utilizou dois servidores do departamento que chefia para o pagamento de agência bancária e para outras atividades particulares. Por essa razão, foi aberto processo administrativo disciplinar, que culminou na aplicação de penalidade de suspensão de 5 (cinco) dias. Sobre o caso apresentado, assinale a afirmativa correta:

A) Carlos procedeu de forma desidiosa e, por essa razão, a penalidade aplicável seria a de advertência, não a de suspensão.

B) A infração praticada por Carlos dá ensejo à penalidade de demissão, razão pela qual se torna insubsistente a penalidade aplicada.

C) Caso haja conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

D) A penalidade aplicada a Carlos terá seu registro cancelado após 3 (três) anos de efetivo exercício, caso e cometa, nesse período, nova infração disciplinar.

Fundamentos recursais

Na referida questão, foi apontada como alternativa correta a “C” que, se encontra em descompasso com as diretrizes estabelecidas na Lei nº 8.112/90.

Isto porque, segundo a referida legislação, a conversão da pena de suspensão em multa só seria possível, por óbvio, se fosse ela cabível inicialmente.

Dentro desse contexto, verifica-se que, segundo a referida legislação, a aplicação de pena de suspensão terá lugar nas hipóteses de reincidência das faltas punidas com advertência. (Art. 130)

Por sua vez, a pena de advertência, segundo disposto no art. 129, será aplicada nos casos de proibição constantes do art. 117, incisos I a VIII e XIX.

Uma passada de olhos pelo citado art. 117, demonstra que a proibição apontada pelo problema encontra-se localizada no inciso XVI, que a seguir se reproduz:

Artigo 117 ao servidor é proibido:

XVI utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

Assim sendo, se impossível a aplicação da pena de advertência, por razões lógicas também impossível a aplicação da pena de suspensão por conduta reiterada, até mesmo porque o enunciado nada informa a este respeito.

Portanto, a título de conclusão, também impossível, pela mesma linha de raciocínio, a conversão da pena de suspensão em multa, conforme gabarito oficial.

Por outro lado, a Lei nº 8.112/90 estabelece, em seu artigo 132, a improbidade administrativa como situação ensejadora da pena de demissão.

Nesse sentido, oportuno observar que a Lei nº 8.429/92, em seu art. 10, inciso XIII, relaciona a utilização de servidor público, em serviço particular, como ato de improbidade.

Desta forma, a alternativa correta seria a “B”.

Questão 33

Após fortes chuvas, devido ao enorme volume de água, parte de uma rodovia federal sofreu rachaduras e cedeu, tornando necessária a interdição da pista e o desvio do fluxo de tráfego até a conclusão das obras de reparo. A exploração da rodovia havia sido concedida, mediante licitação, à sociedade empresária “Traffega”, e esta não situação, razão pela qual foi decretada a intervenção na concessão. Sobre a hipótese apresentada, assinale a afirmativa correta.

A) A intervenção somente pode ser decretada após a conclusão de processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa.

B) A administração do serviço será devolvida à concessionária, cessada a intervenção, se não for extinta a concessão.

C) A intervenção decorre da supremacia do interesse público sobre o privado e dispensa a instauração de processo administrativo.

D) A intervenção é causa obrigatória de extinção da concessão e assunção do serviço pelo poder concedente

Fundamentos recursais

Nesta questão, foi apontada como alternativa correta a que se apresenta na letra “B”.

Em que pese sua compatibilidade com a previsão estabelecida no art. 34 da Lei nº 8.987/95, o conteúdo da letra “A” merece igual sorte.

*Isto porque, o art. 33 da Lei nº 8.987/95, diz que a instauração de procedimento administrativo pressupõe a **declaração** da intervenção. Confira-se:*

*“Art. 33 **Declarada** a intervenção, o poder concedente deverá no prazo de 30 (trinta) dias, **instaurar** procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa”.*

*Nesse sentido, a **decretação** da intervenção só terá lugar na hipótese de comprovação da suposta ilegalidade, ao término do procedimento administrativo.*

Portanto, não se pode confundir o ato de declaração da intervenção (momento prévio a abertura do procedimento administrativo) com o ato de decretação da intervenção (momento posterior ao término do procedimento administrativo).

Diante desse cenário, pode-se considerar a redação apresentada na alternativa “A” como correta uma vez que a decretação da intervenção realmente será possível apenas após o término do procedimento administrativo.

Questão 34

O prédio que abrigava a Biblioteca Pública do Município de Molhadinho foi parcialmente destruído em um incêndio, que arruinou quase metade do acervo e prejudicou gravemente a estrutura do prédio. Os livros restantes já foram transferidos para uma nova sede. O Prefeito de Molhadinho alienar o prédio antigo, ainda cheio de entulho e escombros. Sobre o caso descrito, assinale a afirmativa correta.

A) Não é possível, no ordenamento jurídico atual, a alienação de bens públicos.

B) O antigo prédio da biblioteca, bem público de uso especial, somente pode ser alienado após ato formal de desafetação.

C) É possível a alienação do antigo prédio da biblioteca, por se tratar de bem público dominical.

D) Por se tratar de um prédio com livre acesso do público em geral, trata-se de bem público de uso comum, insuscetível de alienação.

Fundamentos recursais

Na referida questão, foi apontada como alternativa correta a letra “C”, por se tratar de bem público dominical.

Sem embargo, o prédio de uma biblioteca pública é considerado bem público especial, eis que voltado ao cumprimento de uma destinação específica.

Neste particular, importante observar que, segundo a descrição feita no enunciado, o incêndio que atingiu o referido prédio o destruiu apenas parcialmente, prejudicando gravemente sua estrutura.

Portanto, em razão das informações contidas no enunciado, não houve inutilização da estrutura do prédio, mas, tão somente, o seu grave comprometimento.

Esta situação, leva a uma indagação: o comprometimento parcial da estrutura do prédio, por si só, autoriza a conclusão pela perda da natureza jurídica de bem público de uso especial?

Sendo a resposta negativa, uma vez que não se pode concluir pelas informações do enunciado que o prédio perdeu totalmente as condições de uso, permanecerá intacta a natureza jurídica de bem de uso especial, tornando correta a previsão contida na alternativa “B”.

DIREITO CIVIL

Professor Marcelo Marinelli

Questão 40

Mediante o emprego de violência, Mélvio esbulhou a posse da Fazenda Vila Feliz. A vítima do esbulho, Cassandra, ajuizou ação de reintegração de posse em face de Mélvio após um ano e meio, o que impediu a concessão de medida liminar em seu favor. Passados dois anos desde a invasão, Mélvio teve que trocar o telhado da casa situada na fazenda, pois estava danificado. Passados cinco anos desde a referida obra, a ação de reintegração de posse transitou em julgado e, na ocasião, o telhado colocado por Mélvio já se encontrava severamente danificado. Diante de sua derrota, Mélvio argumentou que faria jus ao direito de retenção pelas benfeitorias erigidas, exigindo que Cassandra o reembolsasse. A respeito do pleito de Mélvio, assinale a afirmativa correta.

A) Mélvio não faz jus ao direito de retenção por benfeitorias, pois sua posse é de má-fé e as benfeitorias, ainda que necessárias, não devem ser indenizadas, porque não mais existiam quando a ação de reintegração de posse transi em julgado.

B) Mélvio é possuidor de boa-fé, fazendo jus ao direito de retenção por benfeitorias e devendo ser indenizado por Cassandra com base no valor delas.

C) Mélvio é possuidor de má-fé, não fazendo jus ao direito de retenção por benfeitorias, mas deve ser indenizado por Cassandra com base no valor delas.

D) Mélvio é possuidor de má-fé, fazendo jus ao direito de retenção por benfeitorias e devendo ser indenizado pelo valor atual delas.

Fundamentos recursais

Nos termos do artigo 1.220 do Código Civil, ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, não lhe assistindo o direito de retenção pela importância destas. Em seguida, o artigo 1.221 estabelece que as benfeitorias só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.

O gabarito apontou como correta a assertiva “A”, ou seja, Mélvio não terá direito a retenção e também não terá direito a indenização, pois a benfeitoria (troca do telhado) não mais existia quando a ação de reintegração de posse transitou em julgado.

O problema é que a assertiva inova em relação ao próprio enunciado, o qual informa que o telhado colocado por Mélvio já se encontrava severamente danificado. Ora, “danificado” é sinônimo de “deteriorado”, conforme descrito no Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Portanto, pressupõe a existência da benfeitoria, ainda que em estado alterado de conservação, o que eliminaria a assertiva eleita.

Diante da deterioração, a alternativa que melhor representa a solução almejada seria a indenização das benfeitorias pelo valor atual delas. Ou seja, o valor despendido por Mélvio, menos o valor referente à deterioração da coisa. Solução semelhante, aliás, pode ser encontrada no Código Civil, em caso que pode ser tomado por analogia: o artigo 235.

Ocorre que não existe assertiva que represente a solução cabível. O item “B” está errado, pois Mélvio é possuidor de má-fé; o item “C” está errado, pois Mélvio deve ser indenizado pelo valor atual das benfeitorias e não com base no valor delas; o item “D” está errado, pois Mélvio não faz jus ao direito de retenção.

A questão, portanto, deve ser anulada.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Professor Guilherme Madeira

Questão 44

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que pessoas com até doze anos de idade incompletos são consideradas crianças e aquelas entre doze e dezoito anos incompletos, adolescentes. Estabelece, ainda, o Art. 2º, parágrafo único, que “Nos casos expressos em lei, aplica excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”. Partindo da análise do caráter etário descrito no enunciado, assinale a afirmativa correta.

A) O texto foi derogado, não tendo qualquer aplicabilidade no aspecto penal, que considera a maioridade penal aos dezoito anos, não podendo, portanto, ser qualquer medida socioeducativa a pessoas entre dezoito e vinte e um anos incompletos, pois o critério utilizado para a incidência é a idade na data do julgamento e não a idade na data do fato.

B) A proteção integral às crianças e adolescentes, primad ECA, estendeu a proteção da norma especial aos que ainda não tenham completado a maioridade civil, nisso havendo a proteção

especialmente destinada aos menores de vinte e um anos, nos âmbitos do Direito Civil e do Direito Penal.

C) O texto destacado no parágrafo único desarmoniza regra do Código Civil de 2002 que estabelece que a maioria civil dá-se aos dezoito anos; por esse motivo, a regra indicada no enunciado não tem mais aplicabilidade no âmbito civil.

D) Ao menor emancipado não se aplicam os p normas previstas no ECA; por isso, o estabelecido no texto transcrito, desde a entrada em vigor da norma especial em 1990, não era aplicada aos menores emancipados, exceto para fins de Direito Penal.

Fundamentos recursais

A questão considerou como correta a alternativa que diz que o Código Civil de 2002 revogou o ECA. Esta questão deve ser anulada pois não há nenhuma manifestação da jurisprudência sobre este tema, tanto assim que o artigo 40 do ECA não foi considerado revogado pela jurisprudência do STJ, não tendo havido nenhuma manifestação do STJ sobre este tema. A doutrina também aponta esta questão: " Ainda que pareça uma regra simples, a aplicação do parágrafo único do art. 2º do Estatuto gera acirrada discussão. Isso porque muitos defendem que esse dispositivo teria sido revogado pelo Código Civil de 2002, que instituiu a plena capacidade civil aos 18 anos, substituindo a orientação do Código Civil de 1916, vigente quando da edição do Estatuto, e que determinava a maioria aos 21 anos. Entretanto, essa não parece ser a melhor posição. Isso porque esse dispositivo em nada se relaciona à maioria civil, mas simplesmente impões um limite para a manutenção do adolescente sob cumprimento de medida de internação. Como visto em item anterior, ao encampar a doutrina de proteção integral, o Direito da Criança e do Adolescente passa a ter características especiais que, dentre outras, determinam que crianças e adolescentes deixem de ser incapazes, passando a ostentarem a características de pessoas complexas, com singularidade de se encontrarem em situação de desenvolvimento. Gustavo Tepedino posiciona-se no sentido de que as incapacidades previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil devem ser direcionadas à defesa do patrimônio do incapaz, existindo incompatibilidade funcional na sua aplicação no que se refere às situações jurídicas existenciais. Nesse sentido, posicionou-se o STJ, em 2003, nos autos do HC 38.019-RJ, e em 2008, no bojo do HC 111.994-RJ. Ademais disso, com base no metaprincípio da proteção integral, e nos princípios da intervenção precoce, proporcionalidade e atualidade (art. 100, parágrafo único, do Estatuto), a aplicação do Estatuto nessas hipóteses se impõe, haja vista a maior eficácia das medidas socioeducativas na recuperação do adolescente ou do jovem adulto frente às eventuais penas aplicadas com base do Código Penal. Em adição, como argumento de reforço, destaca-se o Art. 40 do Estatuto, que não sofreu alteração por parte da Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/2009), e que expressamente reconhece a aplicação de suas normas às pessoas maiores de 18 anos, ao determinar que os adultos que já estiveram sob a guarda ou tutela dos adotantes poderão ter seu procedimento de adoção plenamente regido pelo Estatuto. Aliás, conforme se demonstrará quando da análise dos dispositivos específicos, após a Lei 12.010/2009 o Estatuto passou a traçar regras para todo e qualquer tipo de adoção, seja de crianças ou adolescente, seja de adultos." (ROSSATO, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, artigo por artigo, 2 edição, editora Revista dos Tribunais, página. 88/89)

DIREITO PENAL

Professora Patricia Vanzolini

Damásio Educacional

Razões de recurso – 1ª Fase XVI Exame Unificado

Questão 61

Felipe, menor de 21 anos de idade e reincidente, no dia 10 de abril de 2009, foi preso em flagrante pela prática do crime de roubo. Foi solto no curso da instrução e acabou condenado em 08 de julho de 2010, nos termos do pedido inicial, ficando a pena acomodada em 04 anos de reclusão em regime fechado e multa de 10 dias, certo que houve a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da menoridade. A decisão transitou em julgado para ambas as partes em 20 de julho de 2010. Foi expedido mandado de prisão e Felipe nunca veio a ser preso. Considerando a questão fática, assinale a afirmativa correta.

- A) A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória ocorrerá em 20 de julho de 2016.
- B) A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória ocorreu em 20 de julho de 2014.
- C) A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória ocorrerá em 20 de julho de 2022.
- D) A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória ocorrerá em 20 de novembro de 2015.

Fundamentos recursais

O gabarito apontado como correto tinha o seguinte teor "A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória ocorrerá em 20 de novembro de 2015.

*Ocorre que, conforme se constata do cálculo de prescrição realizado no sítio do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/calculadora-de-prescricao-da-pretensao-executoria>) alimentado com os mesmos dados fornecidos pelo problema, a data da **PRESCRIÇÃO DA PENA** é 19/11/2015.*

*Note-se que, segundo o mencionado sítio, EM 19/11/2015 **OCORRERÁ A PRESCRIÇÃO**. Dito de outra forma, nesse dia a pena **PRESCREVERÁ**. Calha então perguntar, no primeiro ou último minuto do dia? No primeiro, naturalmente. A calculadora não informa (e nem poderia) que a prescrição ocorrerá **APÓS** essa data e sim **NESSA DATA**.*

Explica-se o cálculo, claramente correto, efetuado pela calculadora do CNJ:

Como se configura a prescrição? Segundo artigo 109 do CP:

*Art. 109. **A prescrição**, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, **verificando-se:***

*I - **em** vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;*

*II - **em** dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;*

*III - **em** doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;*

*IV - **em** oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;*

*V - **em** quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;*

*VI - **em** 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.*

*Note-se que a prescrição se verificará **NO PRAZO** assinalado pela lei e não **APÓS O PRAZO** assinalado.*

A lei em vigor não traz para a prescrição prazo dentro do qual se deve praticar ato, como na decadência, mas sim prazo com o qual se verifica (termo da lei) a prescrição, que é a perda do poder de punir do Estado, se não concretizada a pretensão punitiva ou a pretensão executória. E a perda do poder se dá com o prazo, e não no dia seguinte ao prazo. O prazo é penal, e não processual. Há perda de poder, e não perda da faculdade de exercer ato processual.

Com todo o respeito, argumentar que a prescrição ocorre no último instante do último dia é ignorar a letra do código em vigor, segundo o qual são desprezadas as frações de dia. Assim,

último instante e primeiro instante se equivalem, pois o prazo é penal, e são desprezadas, como dito, as tais frações (horas, instantes...). Ou bem a prescrição (que extingue a punibilidade) ocorre quando verificado o prazo ou bem ocorre no dia seguinte, e, assim, o prazo real para a perda do poder de punir seria não de 4 ou 8 anos, mas de quatro anos e um dia.

Enfim, a prescrição é causa extintiva da punibilidade, e não condição para que seja reconhecida a extinção da punibilidade no dia seguinte.

Agora, como se conta esse prazo? De acordo com o artigo 10 do mesmo código

Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum

*No caso do problema o prazo que começou dia 20 de julho de 2010. Quando completou 1 ano? Dia 19 de julho de 2011. O dia 20 não pertence mais ao primeiro ano, ele já é o primeiro dia do segundo ano desse prazo. O segundo ano completou-se em 19 de julho de 2012. O terceiro ano se completou em 19 de julho de 2013; O quarto ano se completou em 19 de julho de 2014. O quinto ano se completou em 19 de julho de 2015. Os quatro meses remanescentes se completaram em 19 de novembro de 2015. Se a pena prescreve **EM 5 anos e 4 meses**, então ela prescreve **EM 19 DE NOVEMBRO DE 2015**. É de fato o que aponta o cálculo feito pela calculadora oficial do Conselho Nacional de Justiça. E o dia em que o crime prescreve é o dia em que extingue-se a punibilidade. Não se conceberia que o crime prescrevesse em um dia e a punibilidade só fosse extinta no outro. Como poderia o estado executar uma pena que, segundo o próprio CNJ está prescrita? . No sentido ora sustentado decidiu o STF:*

Voto-MIN.RICARDOLEWANDOWSKI Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 9
HC 117897 / SP

Portanto, a resposta apontada como correta é contrária à lei e também à prática forense e à totalidade da jurisprudência, como bem demonstra a tabela supra apresentada. Não havendo resposta que possa ser considerada como certa deve a referida questão ser anulada pela douta Banca Examinadora, como única medida de justiça;

DIREITO DO TRABALHO

Professor Leone Pereira

Questão 71

Hugo, José e Luiz são colegas de trabalho na mesma empresa. Hugo trabalha diretamente com o transporte de material inflamável, de modo permanente, nas dependências da empresa. José faz a rendição de Hugo durante o intervalo para alimentação e, no restante do tempo, exerce a função de teleoperador. Luiz também exerce a função de teleoperador. Acontece que, no intervalo para a alimentação, Luiz pega carona com José no transporte de inflamáveis, cujo trajeto dura cerca de dois minutos. Diante dessa situação, assinale a afirmativa correta.

- A) Como Hugo, José e Luiz têm contato com inflamáveis, os três têm direito ao adicional de periculosidade.
- B) Apenas Hugo, que lida diretamente com os inflamáveis em toda a jornada, tem direito ao adicional de periculosidade.
- C) Hugo faz jus ao adicional de periculosidade integral; José, ao proporcional ao tempo de exposição ao inflamável; e Luiz não tem direito ao adicional, sendo certo que a empresa não exerce qualquer atividade na área de eletricidade.

D) Hugo e José têm direito ao adicional de periculosidade. Luiz não faz jus ao direito respectivo.

Fundamentos recursais

Em tese, a alternativa D está correta.

Nos termos da Súmula 364 do TST, tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco.

Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Assim, no problema, Hugo (exposição permanente) e José (exposição intermitente) têm direito ao adicional de periculosidade. De outra sorte, Luiz não faz jus ao adicional de periculosidade, em decorrência da respectiva exposição eventual.

Não obstante, a crítica a ser realizada é o fato da Súmula em comento não descrever, de forma pormenorizada, a correta diferença entre a exposição intermitente e a eventual. Em outros termos, o enquadramento depende de interpretação casuística do operador do Direito.

Com efeito, restam as seguintes indagações extraídas do problema proposto pela banca examinadora: o intervalo intrajornada para refeição e descanso consubstancia exposição intermitente? Ademais, o tempo de 2 (dois) minutos constitui exposição eventual?

Nessa toada, o enquadramento em exposição intermitente ou eventual dependerá da interpretação e do livre convencimento motivado do magistrado trabalhista, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Assim, tendo em vista o fato da 1ª Fase da OAB ser objetiva, e como a questão comporta multiplicidade de interpretações, resta a sua respectiva anulação.

Por derradeiro, insta consignar ementas de julgados do Tribunal Superior do Trabalho sobre a temática:

Ementas:

I. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INFLAMÁVEIS. PERMANÊNCIA NA ÁREA DE RISCO. CONTATO PERMANENTE. INCIDÊNCIA.

*Consoante o entendimento pacífico deste Tribunal, em interpretação às disposições do artigo 193 da CLT, faz jus ao adicional de periculosidade não só o empregado exposto permanentemente, mas também aquele que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco em contato com inflamáveis e/ou explosivos, sendo indevido apenas quando o contato se dá de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, ocorre em tempo extremamente reduzido. A teor desse entendimento jurisprudencial, **são irrelevantes o tempo e a frequência da exposição ao risco**, pois está sujeito ao dano não só o empregado que ingressa várias vezes na área como aquele que o faz esporadicamente, tendo em vista que o evento danoso pode ocorrer a qualquer tempo. Assim, empregado que ingressa habitualmente em área de risco, onde são armazenados combustíveis inflamáveis, para abastecimento de veículo que dirige, **faz jus ao adicional de periculosidade**, visto não se tratar de contato eventual ou casual, mas sim, permanente. Precedentes da SBDI-1. Inteligência da Súmula nº 364, I. Afronta ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, de natureza reflexa, não prevista entre as hipóteses de admissibilidade do recurso de revista, conforme artigo 896, -c-, da CLT. Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT.*

Recurso de revista de que não se conhece.

Processo: RR - 34400-34.2004.5.15.0074 Data de Julgamento: 06/10/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010.

II. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO AO AGENTE DE RISCO (INFLAMÁVEIS) DE DUAS A TRÊS VEZES POR SEMANA. CONTATO INTERMITENTE.

1. Nos termos da Súmula n.º 364, item I, do Tribunal Superior do Trabalho, é devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido o pagamento do referido adicional somente quando o contato se dá de forma eventual com o agente perigoso, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. 2. A SBDI-I, órgão uniformizador da Jurisprudência desta Corte superior, tem considerado que a permanência em

área de risco, ainda que por período de tempo reduzido, não consubstancia contato eventual, mas sim, contato intermitente, com risco potencial de dano efetivo ao trabalhador. 3. Na hipótese dos autos, uma vez comprovada a permanência do reclamante na área de risco, exposto a agente perigoso - inflamáveis - duas ou três vezes por semana, impõe-se reconhecer o contato intermitente, o que gera direito à percepção do adicional de periculosidade. Recurso de revista não conhecido.

Processo: RR - 96100-74.2000.5.15.0066 Data de Julgamento: 29/09/2010, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010.