

Coordenação Pedagógica OAB - Agosto de 2013

Prof. Darlan Barroso

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

Orientações de interposição do recurso

- ✓ O prazo para a interposição dos recursos será das 12h00 do dia 28/08 às 12h00 do dia 31/08 (horário de Brasília) – Item 5.3 do Edital.
- ✓ 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 Damásio Educacional 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 (**prova verde - 2**):

- **Direito do Consumidor** – questões n.º 47
- **Direito Empresarial** – questão n.º 50
- **Direito Penal** – questão n.º 60
- **Processo Penal** – questão n.º 65, 66 e 67.

FUNDAMENTOS

Para os fundamentos, observe o número da questão e a respectiva prova (utilizada prova **TIPO VERDE - 2**) faça a correspondência com a sua prova.

DIREITO DO CONSUMIDOR

Professor Brunno Giancoli

Questão 47

O Mercado A comercializa o produto desinfetante W, fabricado por “W.Industrial”. O proprietário do Mercado B, que adquiriu tal produto para uso na higienização das partes comuns das suas instalações, verifica que o volume contido no frasco está em desacordo com as informações do rótulo do produto. Em razão disso, o Mercado B propõe ação judicial em face do Mercado A, invocando a Lei n. 8.078/90 (CDC), arguindo vícios decorrentes de tal disparidade. O Mercado A, em defesa, apontou que se tratava de responsabilidade do fabricante e requereu a extinção do processo. A respeito do caso sugerido, assinale a alternativa correta.

- A) O processo merece ser extinto por ilegitimidade passiva.
- B) O caso versa sobre fato do produto, logo a responsabilidade do réu é subsidiária.
- C) O processo deve ser extinto, pois o autor não se enquadra na condição de consumidor.
- D) Trata-se de vício do produto, logo o réu e o fabricante são solidariamente responsáveis.

Fundamentos recursais

Da inaplicabilidade do CDC na relação jurídica entre mercados: interpretação jurisprudencial do tema

O direito do consumidor representa um microssistema normativo apto a regular os efeitos de uma relação jurídica específica, qual seja, a relação de consumo. Esta exige para a sua caracterização a presença obrigatória de um conjunto de elementos. A falta de qualquer um deles inibe a aplicação das normas consumeristas e, conseqüentemente, a tutela diferenciada para todos os sujeitos que se enquadram na condição de consumidores.

Todavia, ainda que o texto legal do CDC tenha indicado uma definição para o consumidor *standard* no art. 2.º, muita discussão doutrinária e jurisprudencial surgiu em razão da expressão “destinatário final”, a qual representa o verdadeiro divisor de águas para garantir a tutela deste sujeito de direito. Atualmente existe uma teoria *majoritária* na interpretação do conceito de consumidor pelo STJ, qual seja a teoria finalista.

Este modelo teórico identifica como consumidor a pessoa física ou jurídica que retira definitivamente de circulação o produto ou serviço do mercado, utilizando o bem de consumo para suprir uma necessidade ou satisfação pessoal, e não para o desenvolvimento de outra atividade de cunho profissional ou empresarial, a exemplo da aquisição de um produto de limpeza para um mercado para higienizar suas instalações.

A aquisição ou uso de um produto ou serviço para o exercício de atividade econômica, civil ou empresária descaracterizam a relação de consumo tutelada pelo CDC. Logo, a aquisição de bens ou serviços por quem exerce atividade econômica, ainda que utilizados para mera incorporação

no estabelecimento empresarial, serão tutelados pelas regras gerais do direito civil e do direito empresarial, dado que o bem ou serviço continuará, de alguma forma, inserido no processo produtivo.

Adota-se, assim, um conceito mais restrito de consumidor, levando-se em consideração a finalidade, ou seja, a razão da aquisição, deixando de ser analisada a vulnerabilidade no caso concreto. As 4.^a e 6.^a Turmas do STJ possuem uma orientação consolidada no finalismo. A 2.^a Seção do STJ também possui orientação finalista, tendo como *leading case* o REsp 541.867/BA. Este precedente tem como objeto central de discussão a caracterização da relação de consumo na utilização de equipamentos e de serviços de crédito por empresa administradora de cartão de crédito. Na ementa do acórdão, o STJ entendeu que a referida relação jurídica “não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária”, fato este que impede a aplicação do CDC (2.^a S., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.11.2004, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005, p. 227).

É importante observar que a referência ao *leading case*, desde a sua publicação, surge em quase todas as ementas dos julgados da 2.^a Seção do STJ nos quais se discute o enquadramento jurídico do consumidor.

DIREITO EMPRESARIAL

Professora Elisabete Vido

Questão 50

Um cheque no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) foi sacado em 15 de agosto de 2012, na praça de Santana, Estado do Amapá, para pagamento no mesmo local de emissão. Dez dias após o saque, o beneficiário endossou o título para Ferreira Gomes. Este, no mesmo dia, apresentou o cheque ao sacado para pagamento, mas houve devolução ao apresentante por insuficiência de fundos, mediante declaração do sacado no verso do cheque.

Com base nas informações contidas no enunciado e nas disposições da Lei n. 7.357/85 (Lei do Cheque), assinale a afirmativa incorreta.

- A) O apresentante, diante da devolução do cheque, deverá levar o título a protesto por falta de pagamento, requisito essencial à propositura da ação executiva em face do endossante.
- B) O emitente do cheque, durante ou após o prazo de apresentação, poderá fazer sustar seu pagamento mediante aviso escrito dirigido ao sacado, fundado em relevante razão de direito.
- C) O prazo de apresentação do cheque ao sacado para pagamento é de 30 (trinta) dias, contados da data de emissão, quando o lugar de emissão for o mesmo do de pagamento.
- D) O portador, apresentado o cheque e não realizado seu pagamento, deverá promover a ação executiva em face do emitente em até 06 (seis) meses após a expiração do prazo de apresentação.

Fundamentos recursais

A FGV indicou como alternativa incorreta a letra “A”, que tratava da obrigatoriedade do protesto para a que a execução do cheque ocorresse, o que de fato está incorreto pois o protesto no cheque poderia ter sido substituído pela declaração inequívoca do Banco Sacado, que foi o que ocorreu no caso concreto.

Entretanto, a alternativa “B” encontra-se igualmente incorreta, uma vez que consta no texto que o cheque poderia ser “sustado” durante ou após o prazo de apresentação, desde que por relevante razão de direito.

Nesse sentido o legislador, no art. 36 da Lei 7357/85, só permite a utilização o termo “sustação”, quando a suspensão do pagamento ocorrer dentro do prazo de apresentação. Se a sustação ocorrer após o prazo de apresentação o termo técnico que deve ser utilizado é a “ revogação ou contra-ordem” (art. 35, parágrafo único da Lei 7357/85)

Como na questão existem 02 alternativas incorretas (A e B), a questão deve ser anulada

DIREITO PENAL

Professora Patrícia Vanzolini

Questão 60

No ano de 2005, Pierre, jovem francês residente na Bulgária, atentou contra a vida do então presidente do Brasil que, na ocasião, visitava o referido país. Devidamente processado, segundo as leis locais, Pierre foi absolvido. Considerando apenas os dados descritos, assinale a afirmativa correta.

A) Não é aplicável a lei penal brasileira, pois como Pierre foi absolvido no estrangeiro, não ficou satisfeita uma das exigências previstas à hipótese de extraterritorialidade condicionada.

B) É aplicável a lei penal brasileira, pois o caso narrado traz hipótese de extraterritorialidade incondicionada, exigindo se, apenas, que o fato não tenha sido alcançado por nenhuma causa extintiva de punibilidade no estrangeiro.

C) É aplicável a lei penal brasileira, pois o caso narrado traz hipótese de extraterritorialidade incondicionada, sendo irrelevante o fato de ter sido o agente absolvido no estrangeiro.

D) Não é aplicável a lei penal brasileira, pois como o agente é estrangeiro e a conduta foi praticada em território também estrangeiro, as exigências relativas à extraterritorialidade condicionada não foram satisfeitas.

Fundamentos recursais

A questão apontou como correta a alternativa com o seguinte texto:

“É aplicável a lei penal brasileira, pois o caso narrado traz hipótese de extraterritorialidade incondicionada, sendo irrelevante o fato de ter sido o agente absolvido no estrangeiro”.

Não obstante corresponda ao teor do artigo 7º do Código Penal, deve-se ter em conta que o dispositivo em questão contraria a ordem jurídica vigente atualmente no Brasil e que proíbe a dupla imputação.

O pacto de San Jose da Costa Rica, que vigora no Brasil desde 1992 (decreto 678/92) e que tem *status*, no mínimo, supralegal, estabelece expressamente no seu artigo 8º que:

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

No mesmo sentido o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (decreto 592/92) em seu artigo 14 preconiza que:

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Por fim calha trazer à colação lapidar lição do renomado penalista Guilherme de Souza Nucci:

" Primeiramente, pode-se destacar que, sendo possível punir o agente, independentemente de qualquer condição, podemos atingir estágio nitidamente inconstitucional. Ilustrando: se determinada pessoa comete um roubo contra uma embaixada brasileira no exterior e, no país onde a infração se dá, ela é punida, não há mais sentido algum em puni-la novamente no Brasil. É preciso lembrar que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em vigor desde 1992, proíbe o duplo processo e a dupla punição pelo mesmo fato." (Manual de Direito Penal 3ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais 2007, p. 199)

Dessa forma a questão deve ser anulada.

PROCESSO PENAL

Professor Flávio Martins

Questão 65

De acordo com a doutrina, recurso é todo meio voluntário de impugnação apto a propiciar ao recorrente resultado mais vantajoso. Em alguns casos, fenômenos processuais impedem o caminho natural de um recurso. Quando a parte se manifesta, esclarecendo que não deseja recorrer, estamos diante do fenômeno processual conhecido como

- A) preclusão.
- B) desistência.
- C) deserção.
- D) renúncia.**

Fundamentos recursais

O gabarito RENÚNCIA está correto. Ocorre que a renúncia compreende também a PRECLUSÃO, na sua modalidade LÓGICA. A preclusão pode ser temporal (perda do prazo processual), consumativa (prática de ato processual único) ou LÓGICA (prática de um ato incompatível). Quem renuncia ao direito de recorrer, pratica ato incompatível com o recurso, tratando-se de preclusão lógica. Portanto, a alternativa "a" também estaria correta, pois é gênero, do qual a renúncia é espécie.

Questão 66

A Lei n. 9.099/95 modificou a espécie de ação penal para os crimes de lesão corporal leve e culposa. De acordo com o Art. 88 da referida lei, tais delitos passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação. Tratando-se de questão relativa à Lei Processual Penal no Tempo, assinale a alternativa que corretamente expõe a regra a ser aplicada para processos em curso que não haviam transitado em julgado quando da alteração legislativa.

- A) Aplica-se a regra do Direito Penal de retroagir a lei, por ser norma mais benigna.**
- B) Aplica-se a regra do Direito Processual de imediatidade, em que a lei é aplicada no momento em que entra em vigor, sem que se questione se mais gravosa ou não.
- C) Aplica-se a regra do Direito Penal de irretroatividade da lei, por ser norma mais gravosa.
- D) Aplica-se a regra do Direito Processual de imediatidade, em que a lei é aplicada no momento em que entra em vigor, devendo-se questionar se a *novatio legis* é mais gravosa ou não.

Fundamentos recursais

A questão, no nosso entender, é de uma impropriedade imensa. Isso porque, a própria Lei 9.099/95 previu uma regra de aplicação de Direito Intertemporal para o caso da alteração legislativa da lesão corporal. Trata-se do artigo 91 da Lei 9.099/95: “Nos casos em que esta Lei passa a exigir a representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência”. Portanto, essa é a regra especial de aplicação da lei penal no tempo no caso apontado na questão.

Outro problema: o examinador disse “tratando-se de questão relativa à Lei Processual no Tempo”. Bem, não se trata exatamente de uma lei processual no tempo, tendo em vista que a norma mencionada tem conteúdo penal, pois interfere diretamente no Direito de Punir do Estado, na medida em que insere condição de procedibilidade (representação do ofendido).

Dessarte, desprezado o enunciado da questão, o candidato responderia a alternativa “a”, sabedor de que a norma tem conteúdo penal. Por sua vez, se considerar o enunciado, poderia assinalar a alternativa “b”, se entender que é uma norma processual no tempo.

Pelas duas razões acima apontadas, a questão deve ser anulada.

Questão 67

Em um processo em que se apura a prática dos delitos de supressão de tributo e evasão de divisas, o Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal de Arroizinho determina a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, a fim de que seja interrogado o réu Mário. Em cumprimento à carta, o tribunal americano realiza o interrogatório do réu e devolve o procedimento à Justiça Brasileira, a 4ª Vara Federal Criminal. O advogado de defesa de Mário, ao se deparar com o teor do ato praticado, requer que o mesmo seja declarado nulo, tendo em vista que não foram obedecidas as garantias processuais brasileiras para o réu. Exclusivamente sobre o ponto de vista da Lei Processual no Espaço, a alegação do advogado está correta?

- A) Sim, pois no processo penal vigora o princípio da extraterritorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicadas fora do território nacional.
- B) Não, pois no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras só se aplicam no território nacional.**
- C) Sim, pois no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicadas em qualquer território.
- D) Não, pois no processo penal vigora o princípio da extraterritorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicadas fora do território nacional.

Fundamentos recursais

Embora, em se tratando de lei processual no espaço, apliquemos o princípio da territorialidade, a expressão “só se aplicam no território nacional” está incorreta. A doutrina brasileira, há décadas, aponta exceções ao princípio da territorialidade, como território “nullius”, território militarmente ocupado ou quando houver o consentimento do estado em que se realiza o ato processual. A expressão “só se aplicam” serviu para induzir em erro inúmeros candidatos, até porque está absolutamente incorreta. Analisada com minúcias a questão, nenhuma alternativa está correta.