

Coleção
Preparando
para concursos



Questões
discursivas
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia** e **Roberval Rocha**

por carreira

Coordenador
Anderson de Paiva Gabriel

Magistratura Estadual TJ-RJ

2ª edição

Revista e atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

BLOCO II

DIREITO PENAL

1. CONCURSO XLVIII

1ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

No dia 20/02/2021, por volta das 12:00 horas, na Rua X, no bairro do Flamengo, nesta cidade, ROBERTO, TÉRCIO e CAETANO, agindo em comunhão de ações e desígnios, abordam um veículo onde estão TERTULIANO (motorista) e PETÚNIA, anunciando o roubo e os ameaçando mediante um simulacro de arma de fogo. Conseguem, assim, subtrair o veículo, um relógio de TERTULIANO e o telefone móvel de PETÚNIA. Ingressam no carro e se afastam, mas são obrigados a parar cerca de 100 metros à frente, em um semáforo que está fechado, com outros veículos bloqueando a sua passagem. Aproxima-se uma viatura e os lesados fazem sinal e narram o que ocorreu, mostrando o veículo que ainda está parado no sinal de trânsito. Os policiais conseguem abordar e prender os roubadores. Quando fazem a revista, além do simulacro que estava embaixo do banco do carona, encontram em poder de CAETANO, na sua cintura, uma pistola 9 mm, municitada. Decidir quanto ao (s) crime (s) ocorrido (s) e aplicar as penas. Não é necessário fazer o relatório.

Autor: Daniel Calafate Brito

Direcionamento da resposta:

Preliminarmente é de se pontuar que no XLVIII Concurso de Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro, a douta Banca Examinadora em Direito Penal e Direito Processual Penal detém alguns posicionamentos que não guardam correspondência necessária com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assim sugere-se ao leitor a interpretação do ora aqui exposto tendo em consideração o perfil da Banca Examinadora, cabendo a necessária pesquisa dos Exmo. Integrantes nos Certames Públicos em que pretendem o ingresso.

Além disso, em provas de Direito Penal, mostra-se necessária especial atenção às datas dos fatos indicados na questão, notadamente pela sucessão de leis no tempo, e os institutos da abolição criminis, a retroatividade benéfica ou a própria irretroatividade da lei mais gravosa.

Pautada a premissa, inicia-se o direcionamento da questão a partir da proposta de espelho apresentada pela Banca Examinadora:

“Pela descrição do fato, temos em relação a ROBERTO e TÉRCIO, a prática de dois crimes de roubo consumados, circunstanciados pelo concurso de agentes, em concurso formal.

No que tange a Caetano, além desses crimes, temos ainda a infração penal prevista no art. 14 da Lei 10.826/03.

Os candidatos devem comentar rapidamente quanto à consumação e posicionamento das Cortes Superiores, porte de arma não estendido aos demais agentes, pois o enunciado não diz que tivessem conhecimento da existência do artefato bélico e ao fato da pistola 9 mm, não ser mais considerada arma de uso restrito.

Dosimetria: não há nenhuma indicação de que as penas tenham que extrapolar o mínimo legal. Logo, teríamos quantos aos roubos, pena-base no menor patamar, mais 1/3 e mais 1/6, resultado final 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto e 26 (vinte e seis) dias-multa, no menor valor unitário (art. 72 do CP). Isto se aplica a ROBERTO e TÉRCIO.

No que tange a CAETANO, além dessas penas, teríamos mais 02 (dois anos de reclusão) pelo crime descrito no artigo 14, da Lei 10.826/03. O regime de prisão seria o fechado, face ao montante da reprimenda. Resposta penal de 08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, sob o regime fechado e 36 (trinta e seis) dias-multa, na menor fração legal.”

Observe o leitor que, diante da vulneração de dois patrimônios distintos, com ciência dos agentes (ao menos em relação ao relógio de Tertuliano e o telefone móvel de Petúnia), em uma só ação ou omissão (art. 70, CP), há a caracterização da prática de dois crimes de roubo consumados, circunstanciados pelo concurso de pessoas (art. 157, §2º, inciso II, CP).

A comprovação do elemento anímico (dolo) se mostra indispensável para a aferição de responsabilidade e, para tanto, temos como norte o art. 18 do Código Penal.

Art. 18 – Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – doloso, quando o agente **quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como cediço, o dispositivo em apreço indica que o Código Penal Brasileiro adotou duas teorias acerca do dolo: 1 – a teoria da vontade, na qual para além da representação do resultado há a necessidade da exteriorização da vontade de produzir o resultado; e 2 – a teoria do assentimento, no que toca à expressão “assumi o risco de produzi-lo”, razão pela qual, por exemplo, se admite em ordenamento pátrio o “dolo eventual”.

Por tal razão, diante da ausência de representação do resultado pelos agentes Roberto e Tércio, a conduta do art. 14 da Lei 10.826/03, foi imputada apenas ao corréu Caetano, o que do enunciado da questão se infere das circunstâncias de não ter havido a expressa menção à arma de fogo (não se deve extrapolar o enunciado), bem como às expressões “em poder de Caetano, na sua cintura, uma pistola 9mm”.

De se rememorar o entendimento já consolidado a partir da revogação da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça de que o simulacro de arma de fogo não é apto a ensejar a incidência da causa de aumento de pena descrita no art. 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal. Entende a jurisprudência consolidada que a reprovabilidade da utilização do simulacro está contida no *caput* do art. 157 do Código Penal.

No que se refere à consumação do delito, necessário citar e rememorar a teoria da *amotio*, nos termos do entendimento sumulado do verbete 582 STJ que aduz que “Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.

Destaca-se, no entanto, a partir da alteração legislativa pela Lei 13.964/2019 que houve a inserção de uma nova espécie de causa de aumento de pena no art. 157, §2º, inciso VII, consistente em “se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca”, o que deve guardar atenção do leitor para o instrumento utilizado pelo agente.

Aponta-se, ainda, o fato de à época da ação descrita no enunciado (20/02/2021) – candidato deve sempre se atentar à data proposta nos enunciados – a pistola 9mm de porte de Caetano não era mais considerada arma de uso restrito, nos termos do então Decreto 9.785/2019, revogado pelo Dec. 9.847/2019, mas mantida a permissão do referido calibre pela regulamentação vigente à época, nos termos do Anexo 1 do Dec. 10.030/2019.

Em recentíssima alteração regulamentar, o Decreto nº 11.615 de 21 de julho de 2023, em seu art. 12, inciso IV, tornou a considerar de uso restrito o calibre 9mm. Não obstante, no caso em tela, a norma é irretroativa, por ser mais gravosa.

No que toca à dosimetria, considerando refletir o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB), cabe ao candidato realizar a abordagem específica em relação a cada fase de dosimetria penal. Não obstante, em se tratando de resposta a ser apresentada em 15 linhas, sugere-se a análise apenas das circunstâncias negativas em relação a cada demandado.

Em relação à dosimetria, mais uma vez reporta-se à necessidade de análise do perfil decisório da banca examinadora, mas de uma forma prudente, sugere-se evitar elevação excessiva de pena em quaisquer das fases da dosimetria penal.

Aponta-se que, apesar de alguma divergência doutrinária e jurisprudencial, o percentual de elevação gira em torno de 1/6 (um sexto) calculado sobre a pena base para cada circunstância negativa. Este não é o único parâmetro considerado aceitável, mas é o mais utilizado na prática. Na segunda fase de aplicação de pena, da mesma forma, utilizar 1/6 em relação às agravantes e atenuantes, aqui sobre o valor obtido após a primeira fase. No que se refere às causas de aumento de pena, deve-se observar o entendimento do verbete sumular 443 do STJ.

Ademais, necessário justificar expressamente o motivo da elevação com base em circunstâncias do caso concreto e que não estejam abstratamente previstas no tipo penal ou em alguma causa de aumento de pena ou agravante, sob pena de bis in idem.

Os elementos propostos no caso concreto da questão não indicam circunstâncias que exasperaram a normalidade do tipo penal. Em que pese alguma possibilidade de valoração em relação aos bens subtraídos, o que não se sugeriria na banca examinadora em exame, os bens foram recuperados após curto espaço de tempo. Em relação ao concurso de pessoas, apesar de constar 3 agentes, a abordagem se deu por dois agentes contra duas vítimas, o que também não excedeu a normalidade da causa de aumento de pena do art. 157, §2º II CP o que deve ser valorado, repita-se, sob o prisma da Sum 443 STJ.

Sugere-se em provas da magistratura a pronta resposta ao caso, com vistas a indicar ao examinador segurança em decidir, acompanhada da explicitação sobre o tema. Observe-se que a resposta proposta é quase em tópicos com objetivo de condensar o máximo de informações possíveis com respeito ao espaçamento de linhas da prova.

Proposta de resposta:

Roberto e Tércio – art. 157, §2º, inciso II c/c art. 70, 1ª parte, ambos do Código Penal. Caetano – art. 157, §2º, inciso II c/c art. 70, 1ª parte, em concurso

material com o art. 14, caput, da Lei 10.826/03, c/c art. 69 do CP. Tipifica-se o crime de roubo ante a ameaça contra a pessoa na subtração patrimonial, com em relação à diversidade de patrimônios (relógio de Tertuliano e telefone móvel de Petúnia), pluralidade de bens jurídicos tutelados e concurso formal de crimes, ante a unicidade da conduta. O simulacro não constitui causa de aumento de pena, ante a revogação da Sum 174 STJ. O concurso de pessoas constitui causa de aumento de pena nos termos do art. 157, §2º, inciso II, CP, representação e vontade dos agentes, em divisão de tarefas. Considerando a teoria da *amotio* (Sum 582 STJ), e que houve a inversão na posse do bem (100m), delitos consumados. No que se refere a Caetano, e a ausência de representação da vontade dos demais demandados, tem-se também o art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, vez que o calibre 9mm a partir da regulamentação da Lei 10.826/03 é na data do fato arma de calibre permitido. Não há reprovabilidade excessiva ao tipo penal. No que toca às penas de multa art. 72, CP. Roberto, Tércio e Caetano (art. 157, §2º, II, CP): 1 fase: sem circunstâncias negativas (art. 59, CP) – 4 anos + 10 dias multa; 2ª fase: não há agravantes ou atenuantes; 3ª fase art. 157, §2º, II, CP + 1/3 = 5A, 4M e 13 D Art. 70 CP + 1/6. Total: 6A, 4M, 20D e 26 DM, regime inicial semiaberto (art. 33 CP). Caetano 6A, 4M, 20D + art. 14 Lei 10.826/03 – 2A + 10 DM + 8 A, 4M e 36 DM, penas de reclusão, regime inicial fechado.

2ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

No dia 21/04/2021, por volta das 23:00 horas, na Rua X, no Bairro de Botafogo, nesta cidade, FRANCISCO, WALLACE, MAYCON e JOÃO PAULO DOS SANTOS, nascido em 19/04/2000, agindo em comunhão de ações, na posse de gazuas, martelos e alicates, arrombam uma porta e conseguem entrar no interior de uma loja de departamentos pretendendo subtrair bens. Nesse momento ouvem uma sirene usada em veículo e pensando tratar-se de uma viatura policial, resolvem sair da loja e fogem do local. Responder: a) quanto ao(s) crime(s) ocorridos e qual seria a dosimetria penal. b) tecer comentários quanto à tipicidade do fato e iter criminis. Não é necessário lavrar uma decisão.

Autor: Daniel Calafate Brito

Direcionamento da resposta:

Preliminarmente é de se pontuar que no XLVIII Concurso de Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro, a douta Banca Examinadora em Direito Penal e Direito Processual Penal detém alguns posicionamentos que

não guardam correspondência necessária com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assim sugere-se ao leitor a interpretação do ora aqui exposto tendo em consideração o perfil da Banca Examinadora, cabendo a necessária pesquisa dos Exmo. Integrantes nos Certames em que pretendem o ingresso.

Além disso, em provas de Direito Penal, mostra-se especial atenção às datas dos fatos indicados na questão, notadamente pela sucessão de leis no tempo, e os institutos da *abolitio criminis*, a retroatividade benéfica ou a própria irretroatividade da lei mais gravosa.

Pautada a premissa, inicia-se o direcionamento da questão a partir da proposta de espelho apresentada pela Banca Examinadora:

“Em conformidade com a narrativa da questão, os quatro (04) agentes pretendiam subtrair bens do estabelecimento comercial. Munidos de ferramentas próprias para isto, arrombaram a porta e chegaram a ingressar no estabelecimento, mas ouvindo uma sirene, desistiram de sua empreitada e empreenderam fuga. Seria necessário decidir quanto à existência de uma tentativa ou de desistência voluntária. Necessário esclarecer quanto à diferença entre desistência espontânea e voluntária, lembrando-se que o Código Penal, exige o início da execução. Qual o ato inicial de um furto? Houve desistência voluntária, respondendo os agentes pelos fatos praticados. Necessário decidir quanto aos crimes subsistentes. Teríamos um dano e uma violação de domicílio, cometida durante à noite e por quatro agentes. Necessário dizer se o dano remanesceria, examinando se ocorreu, ou não, a decadência, ou a sua consunção, por se tratar de crime-meio. Pena quanto à violação de domicílio. Examinar e justificar se havendo duas circunstâncias que integram a qualificadora, crime durante à noite e mediante quatro agentes, a pena deveria ainda assim permanecer no mínimo legal ou se deveria incidir um aumento, que não poderia ser maior de 1/6.”

Observe o leitor a necessária atenção aos termos do enunciado, vez que irão dar o direcionamento ao que espera o examinador da questão.

De início, observa-se o concurso de 4 (quatro) agentes com a finalidade de praticar delito de furto, com a expressão “pretendendo subtrair bens”.

Para tanto, necessária a valoração se os instrumentos “gazuas”, martelos, alicates, e o próprio dano causado à porta constituem meio para a prática do delito que se objetiva, o que inicialmente se admite, haja vista que o dano ao imóvel foi meio e, portanto, em tese, absorvido pelo delito de furto pretendido.

O ponto central da questão vem no enunciado no seguinte trecho: “Neste momento ouvem uma sirene usada em veículo e pensando tratar-se de uma via-tura policial, resolvem sair da loja e fogem do local”.

Mais uma vez, rememora-se o necessário estudo da banca a fim de conhecer eventuais divergências de entendimento dos órgãos julgadores nos quais possuem assento os d. Examinadores. Mas tal não significa, necessariamente, que o candidato já fique predisposto a adotar a posição mais “branda ou mais gravosa” ao réu a depender do concurso. Deve-se buscar auxílio nas expressões usadas no enunciado, repita-se.

No caso em apreço a questão versava sobre a diferenciação entre os institutos da tentativa e da desistência voluntária.

O conceito de tentativa vem descrito no art. 14, inciso II do Código Penal que assim dispõe:

Art. 14 – Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984):

(...)

Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em síntese, a tentativa é o início dos atos executivos de um crime pelo agente, que somente não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Rememore-se que para que haja a tentativa deve-se ter como pressuposto o dolo de praticar o delito que seria consumado.

O art. 14, II, do CP, é considerado norma de extensão, vez que se conjugará com o respectivo tipo penal visado pelo agente.

Em doutrina, destacam-se as teorias que buscam fundamentar a punibilidade da tentativa:

1 – teoria subjetiva/voluntarística ou monista: o agente é punido por sua intenção, bastando o desvalor da ação. Não exige a exteriorização da conduta. Não adotada;

2 – Teoria sintomática: pontua a punição com base na periculosidade subjetiva, ou seja, o eventual perigo que venha a ser revelado pelo agente. Possibilitaria a punição de atos preparatórios, ainda que não iniciados efetivamente os atos executórios;

3 – Teoria objetiva, realística ou dualista: Nesta teoria a punibilidade decorre da violação ou da ameaça de violação a bem jurídico protegido pelo ordenamento. Exige o início da prática de atos executórios. A legislação na punição da tentativa, indica redução de pena, diante da menor lesão ao bem jurídico tutelado. É a adotada, quase totalidade, pelo Código Penal Brasileiro;

4 – Teoria da impressão ou objetivo-subjetiva – Complementa, de certa forma, a teoria subjetiva, evitando a punição em atos preparatórios. Somente punível a tentativa quando houver, ao menos, insegurança aos bens jurídicos tutelados a partir da conduta do agente.

O Código Penal Brasileiro adota em sua quase totalidade a Teoria Objetiva, o que se denota do art. 14, inciso II do CPC e também do item 15 da Exposição de Motivos do Código Penal.

Não obstante a regra, aponta-se que excepcionalmente se admite a teoria subjetiva, voluntarística ou monista, quando o art. 14, parágrafo único, ressalva “salvo disposição em contrário”.

Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único – Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Destacam-se, portanto os chamados delitos de atentado ou de empreendimento, no qual a pena do crime tentado é igual a do delito consumado. Ex: 1 – evasão mediante violência contra pessoa (art. 352 CP); 2 – Art. 309 Código Eleitoral – votar ou tentar votar mais de uma vez em lugar de outrem.

A aferição do quantum de redução de pena, nos termos do art. 14, parágrafo único, do CP é inversamente proporcional ao transcurso do iter criminis. Quando mais inicial a execução, maior a redução. Quando mais próxima ao exaurimento dos atos executórios, menor a redução. Tais parâmetros devem ser explicitados pelo candidato em dosimetria penal.

Em que pese alguma divergência doutrinária, prevalece no Brasil a possibilidade de tentativa em crimes cometidos com dolo eventual. Admitem tentativa também, além dos crimes dolosos (dolo direto e dolo eventual); crimes plurissubsistentes (inclusive os crimes formais e os crimes de mera conduta); crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão; crimes de perigo concreto e crimes permanentes.

Por sua vez, não admitem tentativa: os crimes culposos (não há dolo em relação ao crime “consumado”); crimes preterdolosos (o resultado agravador é culposos); e crimes unissubsistentes (conduta por único ato); crimes omissivos próprios (são unissubsistentes); crimes de perigo abstrato (crimes unissubsistentes) – cuidado: os crimes de perigo concreto comportam tentativa; também não comportam tentativa as contravenções penais (art. 4º, Dec.-Lei 3.688/41); crimes condicionados (ex: art. 122, CP); crimes que dependam da ocorrência de condição objetiva de punibilidade (art. 180, Lei 11.101/05); crimes de atentado ou

empreendimento (ex: art. 352, CP); crimes habituais (cada ato isolado é atípico – ex: art. 284, CP) – cuidado: não se confundem com os crimes permanentes.

Por sua vez, o instituto da desistência voluntária vem previsto no art. 15 do Código Penal que assim prevê:

Desistência voluntária e arrependimento eficaz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 15 – O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O art. 15 do CP traz os conceitos de desistência voluntária e de arrependimento eficaz. São institutos distintos. Não confundir, ainda, com o instituto do arrependimento posterior, este previsto no art. 16 do CP, restrito a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa

Voltando ao art. 15 CP, na desistência voluntária o agente por ato voluntário (ainda que não espontâneo) cessa a prática do *iter criminis* quando tinha a possibilidade de prosseguir na conduta. Conforme a fórmula de Frank “posso prosseguir, mas não quero” (se fosse tentativa seria “quero prosseguir, mas não posso”).

Conclui-se que na desistência voluntária, apesar de iniciados os atos executivos e a possibilidade de o agente prosseguir no *iter criminis*, este cessa voluntariamente a sua conduta antes do exaurimento dos atos executórios.

Por sua vez, o arrependimento eficaz ocorre no caso em que praticados os atos executórios, e ainda que exauridos os atos executórios, o agente age a fim de impedir a consumação do resultado. Por tal razão, o arrependimento eficaz é admitido somente nos delitos materiais.

No caso proposto no concurso público ora em exame, retoma-se a expressão “Neste momento ouvem uma sirene usada em veículo e pensando tratar-se de uma viatura policial, resolvem sair da loja e fogem do local”, contida no enunciado da questão.

A expressão “resolvem” melhor indica conduta deliberada. Diversamente seria se houvesse “tiveram de; em virtude de”. Ademais, não se verificou a inversão da posse dos bens a serem subtraídos, a consumar do delito patrimonial, mas apenas início dos atos executórios com ingresso no estabelecimento comercial, mediante rompimento de obstáculo (porta).

Pautada a ocorrência de desistência voluntária, surge o questionamento quais seriam os “atos já praticados” na forma do art. 15 do Código Penal.

Teríamos um dano e uma violação de domicílio cometida durante à noite e por quatro agentes.

Subsistem os delitos de dano (diante da porta) – art. 163, CO, e a própria violação de domicílio – art. 150, CP. Confira-se:

Violação de domicílio

Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º – Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

(...)

Dano

Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Em relação ao delito de dano, deve-se pontuar que conforme art. 167 do CP, somente se procede mediante queixa-crime, sendo a persecução processual a partir de ação penal privada. De bom tom constar tal informação na questão.

Ademais, considerando a própria violação de domicílio reconhecida, e de acordo com posicionamento jurídico ao encontro dos Examinadores, poder-se-ia entender o delito de dano absorvido pela violação de domicílio.

Em relação à violação de domicílio, observa-se a correta tipicidade no art. 150, §1º CP, sendo uma qualificadora (concurso de agentes ou repouso noturno) destinada a tipificar o delito, e a outra eventualmente como causa de elevação da pena base.

Não obstante a possibilidade em tese de elevação da pena base na primeira fase de aplicação de pena, poder-se-ia também pontuar em apreço à posição jurídica esperada pela manutenção da pena base ante a ausência de reprovabilidade penal que exasperasse o tipo penal.

Se reconhecido o concurso de agentes para a tipificação da conduta, poder-se-ia também alegar que 23h não caracterizaria repouso noturno em grandes urbes (posição específica da Banca), ou no caso de utilizar o concurso de agentes que não houve alteração na facilitação à obtenção do bem.

Reitera-se como constatado a necessidade de estudo do posicionamento da Banca Examinadora, sem que o candidato deixe de indicar também em sua resposta o posicionamento dos Tribunais Superiores.

Proposta de resposta:

A) Violação de domicílio nos termos do art. 150, §1º do Código Penal;
 B) Tem-se na hipótese a incidência do instituto da desistência voluntária. Os agentes, previamente reunidos em desígnios e vontades, tinham por finalidade a prática de delito patrimonial de furto mediante o emprego de concurso de pessoas, com rompimento de obstáculo e durante o repouso noturno. Ocorre que, iniciados os atos executórios em delito plurissubsistente, consistente em rompimento de obstáculo e ingresso no local, houve deliberada desistência no prosseguimento da conduta. Observe-se que na forma do art. 15 do CP e conforme a doutrina e jurisprudência, a desistência há de ser voluntária e não espontânea. Ainda que houvesse erro no que toca à sirene ser de uma viatura de polícia ou não, os agentes poderiam prosseguir e não quiseram, vez que “resolveram” sair da loja. Aplica-se a regra de Frank, ou a denominada “ponte de ouro” de Litz. Assim, havendo no caso desistência voluntária (art. 15, CP) e não tentativa (art. 14, II, c/c parágrafo único, CP), tem-se a aplicação da pena do art. 150, §1º, CP. Em relação à dosimetria, utiliza-se a qualificadora da pluralidade de agentes para tipificar o delito. No que concerne à pena base, a reprovabilidade relativa ao horário do fato não sobeja o tipo penal, por se tratar de área urbana e imóvel comercial. Por tal razão, deixa-se de elevar a pena base nas circunstâncias do crime. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes de pena. Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena. Pena final de 6 meses de detenção, regime inicial aberto, na forma do art. 33, §2º, c, CP.

2. CONCURSO XLVII

1ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

Galak estava sendo investigado pela prática do delito de usura pecuniária, fato que levou o juiz a autorizar, a requerimento do Ministério Público, a interceptação telefônica daquele entre os dias 18 e 30 de dezembro de 2015. Por volta de 1:18 horas da madrugada do dia 31 de dezembro Galak detalhou a Paulus, pelo telefone, a operação que montou para legalizar o dinheiro advindo da atividade ilícita, o que foi gravado pelos policiais que montaram a referida estrutura de interceptação. Nesta depositava valores de maneira fracionada em duas contas bancárias, uma de sua titularidade e a outra de uma empresa do

BLOCO III

DIREITO EMPRESARIAL

1. CONCURSO XLVIII

1ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

Determinada sociedade limitada estabelecida por prazo indeterminado e constituída por quatro sócios. Um dos sócios se afastou da vida societária e, exercendo seu direito de retirada, no mesmo dia, ajuizou ação para recebimento dos valores referentes às suas cotas. Transcorridos 24 (vinte e quatro) meses, foi prolatada a sentença, julgando procedente a demanda e determinando a dissolução parcial da sociedade e apuração de haveres. O sócio nada recebeu durante o tempo da ação judicial. Qual a data base da apuração de haveres? O balanço especial de apuração de haveres deve considerar a mutação patrimonial gerada no período da ação judicial? Justifique.

Autor: Carlos Eduardo Pimentel das Neves Reis

Direcionamento da resposta:

De início, é importante salientar que, o XLVIII Concurso Para Ingresso na Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, foi o primeiro a fornecer um espelho de gabarito para as provas discursivas. Conforme o espelho proposto pela Banca Examinadora, o desenvolvimento da resposta deveria abordar os seguintes aspectos:

Trata-se de hipótese de **dissolução parcial de sociedade empresária**, sendo que, **em se tratando de sociedade por prazo indeterminado, possível o desligamento do sócio retirante de maneira imotivada**. Entretanto, o sócio retirante deveria ter notificado os demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, tendo em vista o que dispõe expressamente o **art. 1.029, caput, do Código Civil**. A notificação prévia ainda se faz necessária para que haja tempo hábil à preparação do balanço de determinação, a que a lei denomina balanço especialmente “levantado à data da resolução”, nos termos do art. 1.031, caput, do Código Civil.

Porém, como o sócio retirante preferiu o ajuizamento da ação para apuração de seus haveres, a jurisprudência tem buscado suprir a lacuna legal, ao

estabelecer como parâmetro para a **fixação da data do balanço de determinação a data do ajuizamento da ação judicial, pois, nesta o retirante especificou formalmente o seu desejo de se retirar do empreendimento.**

Há precedentes considerando razoável a data de citação válida.

Ainda que a formalização da retirada do sócio se opere somente com o trânsito em julgado da sentença, certo é que os efeitos do provimento judicial deverão alcançar situação anterior (efeitos *ex tunc*), momento em que, faticamente, houve o rompimento do vínculo societário.

No caso, sem que o sócio retirante tenha concorrido para os resultados experimentados pela sociedade depois de sua retirada, não poderia colher o que não semeou, caso contrário isso denotaria enriquecimento sem causa.

Contudo, uma ressalva deve ser feita. Na eventualidade da existência de contratos pendentes em favor da sociedade, quando do desligamento fático do sócio retirante do empreendimento, tem o mesmo direito à inclusão dos respectivos resultados patrimoniais no balanço. Há que se considerar, outrossim, a capacidade de lucros futuros (o *goodwill*). Assim, a mutação patrimonial posterior ao desligamento fático do sócio retirante poderá sim ser considerada, para fins de haveres.

Como se observa a questão apresentou caso de direito de recesso ou de retirada de sócio prevista no artigo 1.029 do Código Civil:

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

Deve o candidato se atentar para a informação dada na questão de que a sociedade limitada fora constituída por prazo indeterminado. Neste caso, pode o sócio se retirar a qualquer tempo (denúncia vazia), desde que notifique os demais sócios, por escrito, com antecedência mínima de 60 dias.

Todavia, apenas a manifestação de interesse de retirada do sócio, ainda que efetivada através da referida notificação aos demais sócios, não implica a retirada automática do sócio notificante. Esta está condicionada à alteração contratual a ser realizada entre os sócios ou pela via judicial.

Assim, foi ajuizado pelo sócio retirante ação de dissolução parcial de sociedade com base no artigo 600, IV, do CPC:

Art. 600. A ação pode ser proposta:

...

IV – pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito;

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “quando o direito de retirada é exteriorizado por meio de notificação extrajudicial, a apuração de haveres tem como data-base o recebimento do ato pela empresa (STJ, REsp 1.403.947, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 30.04.2018).

Por outro lado, “inexistindo notificação prévia dos demais sócios da sociedade, deve ser considerada como data de retirada do sócio aquela em que ajuizada a ação de dissolução por ele proposta, por se tratar do momento em que ele manifestou sua inequívoca intenção de retirar-se da sociedade (TJMG, APCV 1.0024.10.194876-8/001, Rel. Des. Cabral da Silva, DJEMG 25.05.2018). – (SCHREIBER, Anderson. Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. 2a Ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2020. Pág. 750-751).

Assim, a questão principal colocada para o candidato é saber o marco temporal para realização da apuração de haveres, já que o sócio retirante ajuizou a referida ação de dissolução parcial antes de encerrado o prazo de 60 dias previsto no artigo 1.029, caput, do C.C.

Proposta de resposta:

Trata-se de questão atinente ao direito de retirada de sócio de sociedade limitada, constituída por tempo indeterminado, na forma do artigo 1.029 do C.C. De acordo com o referido artigo o sócio retirante deveria ter respeitado o prazo de 60 dias nele contido, para a realização da apuração dos haveres. Contudo, logo em seguida à comunicação ajuizou ação de dissolução parcial de sociedade, com base no artigo 600, inciso IV, do CPC.

Em que pese alguma divergência, a jurisprudência dos tribunais superiores tem fixado como data do balanço de determinação a data do ajuizamento da ação judicial, pois, nesta o retirante especificou formalmente o seu desejo de se retirar da sociedade. Assim, no presente caso o termo para a apuração dos haveres será o dia do ajuizamento da ação de dissolução parcial de sociedade e não a notificação extrajudicial realizada anteriormente. Por fim, a mutação patrimonial a ser incluída na apuração de haveres para os contratos já realizados, porém pendentes, em favor da sociedade, levando em consideração a capacidade de lucros futuros (o *goodwill*).

2ª QUESTÃO:

Após decretada a quebra da companhia Ticio S.A., o administrador judicial, transcorridos 30 (trinta) dias do termo de nomeação, apresentou o plano detalhado de realização dos ativos. Consta do auto de arrecadação apenas um prédio localizado no bairro de Ipanema, avaliado em R\$100 milhões. O juiz determinou a alienação do bem na modalidade de leilão eletrônico. O ativo foi arrematado em terceira chamada por R\$ 40 milhões. Um credor impugnou a alienação, arguindo o conceito de preço vil, embora reconheça que as formalidades do certame foram respeitadas. O credor não apresentou outra oferta superior, nem terceiros, apenas o argumento de que os credores poderiam ser prejudicados. Analise o pleito do credor, apresentando os fundamentos.

Autor: Carlos Eduardo Pimentel das Neves Reis

Direcionamento da resposta:

De início, é importante salientar que, o XLVIII Concurso Para Ingresso na Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, foi o primeiro a fornecer um espelho de gabarito para as provas discursivas. Conforme o espelho proposto pela Banca Examinadora, o desenvolvimento da resposta deveria abordar os seguintes aspectos:

A lei nº. 11.101/05, com as alterações promovidas pela lei nº. 14.112/20, disciplina a matéria. Em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142, poderão ser apresentadas impugnações por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas de arrematação, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre as impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

Conforme disposto no parágrafo 1º, do dispositivo legal citado, as impugnações baseadas no valor de venda do bem somente serão recebidas se acompanhadas de oferta firme do impugnante ou de terceiros para a aquisição do bem, respeitados os termos do edital, por valor presente superior ao valor de venda, e de depósito caucionário equivalente a 10% (dez por cento) do valor oferecido.

Nos termos do art. 142, parágrafo 3º-A, da lei nº. 11.101/05, a alienação por leilão eletrônico, presencial ou híbrido, dar-se-á:

III – em terceira chamada, dentro de 15 (quinze) dias, contados da segunda chamada, por qualquer preço.

O art. 142, parágrafo 2º-A, inciso V, reza que não estará a questão sujeita à aplicação do conceito de preço vil.

Finalmente, na forma do art. 142, parágrafo 2º-A, inciso I, a alienação dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda.

A questão apresentada pela banca examinadora buscava do candidato o conhecimento acerca das alterações legislativas, ocorridas na Lei 11.101/05, e trazidas pela Lei 14.112/20, que ficou conhecida como a reforma na Lei de Recuperação e Falências. Destaca-se, neste momento, a importância de o candidato levar para a prova a legislação atualizada, principalmente, quanto às alterações ocorridas em momento recente em relação à prova. Como se observa, a questão não trazia grande complexidade, apenas exigia a noção sobre a novidade legislativa.

A nova lei trouxe profundas modificações ao procedimento de alienação dos ativos da empresa, retirando a aplicação do conceito de preço vil àquelas (Art. 142, § 2º-A, inciso V, da Lei 11.101/05). Ademais, “Impugnações baseadas no valor de venda do bem somente serão recebidas se acompanhadas de oferta firme do impugnante ou de terceiro para a aquisição do bem, respeitados os termos do edital, por valor presente superior ao valor de venda, e de depósito caucionário equivalente a 10% (dez por cento) do valor oferecido” (Art. 143, §1º, da Lei 11.101/05).

Proposta de resposta:

No presente caso, o credor possui legitimidade ativa para realizar a impugnação, conforme preceitua o artigo 143 da Lei 11.101/05. Contudo, não assiste razão à impugnação apresentada. Isso porque, a Lei 14.112/20 trouxe diversas alterações à Lei 11.101/05, provocando verdadeira reforma legislativa. Um dos pontos modificados foi justamente aquele atinente à alienação dos ativos da falida.

Dentre as modificações o artigo 142, inciso V, da Lei 11.101/05 retirou a aplicação do conceito de preço vil para as alienações dos ativos da falida o que afasta o argumento apresentado na impugnação. Ademais, na forma do parágrafo primeiro do artigo 143 da Lei de Recuperação e Falências, para que a impugnação com base no valor da venda seja recebida, é preciso que esta esteja acompanhada de oferta firme do impugnante ou de terceiros para aquisição do bem por valor superior ao da venda, o que não foi feito. Assim, por todo exposto, a impugnação não deverá ser recebida pelo magistrado.

2. CONCURSO XLVII

1ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

João ajuizou ação declaratória de nulidade de deliberação de sócios em face de LMN Ltda., Tício, Antônio e Carlos, afirmando que ocorreu sua exclusão por justa causa da sociedade limitada, 1ª ré, sem que fosse observado o **quorum** mínimo necessário exigido no contrato social (85% do capital social). Em contestação, os réus alegam prejudicial de decadência, em razão de existir cláusula de regência supletiva da lei das sociedades anônimas, prevista no contrato social, por ter a demanda sido proposta 2 anos e 5 meses após realizada a assembleia que decidiu pela exclusão do sócio minoritário. Quanto ao mérito, afirmam que na deliberação assemblear de sociedade limitada cujo objeto seja a exclusão de sócio minoritário, o sócio excluendo, detentor de quotas representativas de 21% do capital da sociedade limitada, está impedido de votar acerca dessa matéria, motivo pelo qual improcede o pedido inicial. Aduzem, ainda, que a exclusão foi aprovada pela unanimidade dos sócios votantes detentores apenas de 79% do capital social.

Sublinhe-se que: 1- não houve impugnação quanto ao reconhecimento de ser o sócio faltoso, omissos nos deveres para com a sociedade limitada; 2- nem sequer foram questionadas as razões de sua exclusão extrajudicial, não se discutindo acerca da justa causa; 3- que o contrato social previa a administração conjunta em uma de suas cláusulas.

Como deve ser julgada a demanda? Responda fundamentadamente, inclusive quanto ao mérito propriamente dito, ainda que o candidato entenda que a prejudicial deva ser acolhida.

Autor: Francisco Emilio de Carvalho Posada

Direcionamento da resposta:

A questão teve por inspiração o julgamento do Recurso Especial nº 1.459.190/SP, divulgado no informativo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 575.

Eram duas as questões a serem enfrentadas: o acolhimento ou não da decadência e a procedência ou não do pedido sob o argumento referente ao quórum de deliberação da assembleia.

Em relação à decadência, o candidato deveria mencionar que a prejudicial não deveria ser acolhida, diante do ajuizamento da demanda dentro do prazo trienal previsto no art. 48, parágrafo único, do CC, aplicável por força do art.

1.053, do CC. Deveria referir o afastamento da regência supletiva da Lei nº 6.404 quanto a este ponto.

Em relação aos pedidos, deveria concluir pela improcedência. Era necessário mencionar que o capital social do sócio minoritário excluindo não deve ser computado para aferição da maioria prevista no contrato social (85%). Isso ocorre em razão da previsão do art. 1.074, §2º, CC.

Proposta de resposta:

Inicialmente, cumpre apontar que a prejudicial de decadência deve ser rejeitada. Isso porque, constando do contrato social a administração coletiva da sociedade, aplica-se o prazo de três anos previsto no art. 48, parágrafo único, do CC, por força do art. 1.053, do CC, afastando-se a regência supletiva da Lei nº 6.404 quanto a este ponto. Tal tema já fora decidido pelo STJ.

No que toca ao mérito, o pedido deve ser julgado improcedente. Não impugnados os fundamentos que ensejaram a exclusão do autor do quadro societário, mas, apenas, o quórum deliberativo, a pretensão não merece guarida.

Registre-se que para a composição do quórum na deliberação para exclusão extrajudicial do sócio minoritário (CC, art. 1.085) devem ser considerados os percentuais do capital deduzidas as cotas do sócio que sofre o procedimento de exclusão, pois ele está impedido de deliberar acerca da matéria, conforme previsão do art. 1.074, §2º, CC. Assim, foi atingido o quórum de 100% dos demais sócios.

Em suma, a prejudicial deve ser rejeitada e os pedidos devem ser julgados improcedentes.

2ª QUESTÃO (VALOR 0,40):

Discorra sobre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da submissão da cessão fiduciária de crédito aos efeitos da recuperação judicial, levando em consideração os interesses tutelados.

Autor: Francisco Emilio de Carvalho Posada

Direcionamento da resposta:

A questão teve por inspiração o julgamento, dentre outros, do Recurso Especial nº 1.412.529/SP.

O candidato deveria demonstrar conhecimento acerca do debate travado tanto na doutrina como na jurisprudência do país. Tal debate decorre da

redação do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, que alude à “*posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis*”.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, o *crédito* não poderia ser entendido como *bem móvel*, pois a lei trataria de bens corpóreos. Para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, a referência a *bens móveis* incluía o *crédito*, de modo que o crédito do credor fiduciário de recebíveis não se submeteria à recuperação judicial.

Prevaleceu, no entendimento do STJ, a posição no sentido de que os créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, integrando as exceções previstas no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05. O entendimento do STJ se mantém o mesmo acerca do tema, como evidencia o julgamento do Recurso Especial nº 1.629.470/MS.

O candidato deveria demonstrar conhecimento também acerca da desnecessidade de registro do contrato para a constituição da propriedade fiduciária sobre créditos cedidos. Isso porque, conforme entendimento do STJ, o CC apenas disciplinou a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis (CC, art. 1.368-A), não se aplicando aos recebíveis cedidos a previsão constante do art. 1.361 do CC. Aplica-se, nesse caso, o art. 66-B, §3º, da Lei nº 4.728/1965 e o art. 18 da Lei nº 9.514/1997, em decorrência do art. 66-B, §4º, da Lei nº 4.728/1965.

Proposta de resposta:

Doutrina e jurisprudência debateram, por longo tempo, acerca da aplicação do art. 49, §3º da Lei nº 11.101/05 aos créditos cedidos fiduciariamente.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, o *crédito* não poderia ser entendido como *bem móvel*, pois a redação do art. 49, §3º da Lei nº 11.101/05 trataria apenas de bens corpóreos. Além disso, seria mais consentânea com os objetivos da lei – em especial, com o soerguimento da sociedade empresária – a interpretação de sujeição dos créditos aos efeitos da recuperação judicial.

Para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, a referência a *bens móveis* incluía o *crédito*, de modo que o crédito cedido fiduciariamente não se submeteria à recuperação judicial. De acordo com esse entendimento, não haveria porque diferenciar-se a propriedade fiduciária constituída sobre bens móveis corpóreos daquela constituída sobre crédito. Ademais, a propriedade fiduciária em si é que fora excluída dos efeitos da recuperação judicial.

Prevaleceu, no entendimento do STJ, a posição no sentido de que os créditos cedidos fiduciariamente não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, integrando as exceções previstas no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05. Para tanto, também foram sopesados aspectos econômicos como, por exemplo, o fato