



## ESPELHO DA SEGUNDA PROVA ESCRITA

### SENTENÇA

A conclusão da sentença deve ser no sentido da condenação dos acusados nas sanções previstas no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, c.c. art. 14, II, do Código Penal, ou seja, 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 3 dias-multa. Devido à presença das condições objetivas e subjetivas do art. 44, do Código Penal, deve haver a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas alternativas.

Para tanto, na **fundamentação** da sentença deverão ser abordados os seguintes pontos:

a) análise da materialidade e da autoria do crime, o que pode ser tranquilamente feito em razão dos laudos de exame pericial realizados (materialidade) e da prova oral colhida (autoria) consistente na oitiva das testemunhas e nos interrogatórios dos acusados; os acusados não declararam às autoridades brasileiras que estavam com importância superior àquela prevista na Resolução nº 2.524/98 do BACEN, e na Lei nº 9.069/95 e, por isso, não portavam qualquer documento a esse respeito;

b) análise do tipo penal do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, no contexto da realidade dos acontecimentos. Os acusados foram presos quando executavam atos de promoverem a saída de moeda estrangeira do território nacional para o exterior sem a devida autorização. É desnecessária a prova da origem ilícita dos valores pecuniários apreendidos. O bem jurídico tutelado, no tipo penal, é o desempenho da política cambial nacional para fins de proteção das divisas nacionais em prol de uma balança de pagamentos mais equilibrada. A ilicitude da conduta consiste na movimentação de recursos vultosos para dentro ou para fora do Brasil, sem conhecimento e autorização das autoridades competentes;

c) observação de que o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XV); a permanência, a entrada ou a saída de pessoa e de seus bens ou valores do território nacional encontram limites legalmente estabelecidos, daí a previsão contida no art. 65, § 3º, da Lei nº 9.069/95 e, consequentemente, no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86;

d) rejeição das alegações de erro de direito e de falta de dolo pelo fato de serem estrangeiros. Além das regras contidas no Código Penal, no art. 21, e na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (antiga LICC), no art. 3º, as circunstâncias relacionadas à forma de acondicionamento das cédulas junto aos corpos dos acusados, entre outras, evidenciam que eles tinham pleno conhecimento do caráter ilícito de suas condutas; há, ainda, sempre disponibilização de formulário para declaração de transporte de valores e bens;

e) análise da modalidade tentada do crime previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, devido à prática de atos executivos que somente não geraram a

consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade dos agentes devido à prisão em flagrante;

f) na parte da aplicação da pena, a observância do método trifásico tanto na pena privativa de liberdade quanto na imposição da multa penal, em consonância com os arts. 59 e 68, CP, art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 14, II, do CP. É importante a análise pormenorizada das fases de aplicação da pena e, a princípio, começando a pena-base com o mínimo legal. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. Da mesma forma, é preciso que seja estabelecido o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade como sendo o regime aberto. Também deve ser aqui mencionada a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas alternativas (art. 44, do Código Penal), bem como o decreto de perda dos valores apreendidos em favor da União nos termos do art. 91, II, "b", do Código Penal, devido à origem ilícita conforme provado no caso em razão das circunstâncias em que os acusados foram flagrados;

g) deve o **dispositivo** da sentença conter as referências acima, sendo necessário que o candidato se refira a que "...JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar Alexander (...) e Orland (...) nas sanções dos arts. (...)" . Devem ser referidas as medidas decorrentes das condenações, inclusive quanto às comunicações necessárias, bem como que se trata de hipótese de sentença que não enseja a determinação de prisão dos acusados, mesmo porque houve concessão de liberdade provisória, além de não haver a presença dos requisitos legais para qualquer prisão provisória. É de rigor a comunicação ao Ministério da Justiça quanto ao teor da sentença por haver envolvimento de estrangeiros na prática delituosa.

## 1ª QUESTÃO

A correta abordagem da questão exige que o candidato examine:

(i) - a submissão da fusão ao controle prévio do CADE. O enunciado suprime a referência ao faturamento das sociedades envolvidas, de modo a tornar menos óbvia a aplicabilidade do art. 88, § 2º, da Lei 12.529/2011. O candidato deve raciocinar a partir dos dados ofertados e, conforme a causa de pedir, a incidência do controle da autarquia é incontroversa: o que se alega é que ele pode ser posterior.

A data de consumação da fusão (março de 2013) indica que o ato se dá sob a vigência da 12.529/2011. O ponto nevrálgico é justamente focar a mudança da legislação (advento da Lei nº 12.529/2011), que não mais permite o controle posterior, ao contrário da lei anterior (Lei 8884/94), que dava ao agente econômico a opção de submeter a operação, ao CADE, para controle prévio ou posterior (art. 54, §4º, da lei antiga).

Antes de materializar o ato societário (fusão), os agentes devem submetê-lo à aprovação prévia do CADE, sob pena de nulidade e de multa (art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011).

O desenvolvimento satisfatório desse tema dá ensejo ao grau de até 1,0 ponto.

(ii) o não cabimento da análise imediata, pelo Judiciário, da aferição sobre se o CADE deve ou não autorizar o negócio por razoabilidade ("regra da razão"),

ponderando qual o princípio a ser prestigiado (“concorrência” ou “consumidor/trabalho humano”). No exame de atos de concentração, o CADE pode prestigiar um ou alguns princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88) em detrimento de outros. Contudo, essa aferição ainda será feita, no prazo legal, e não cabe ao Judiciário antecipar-se ao veredicto da autarquia técnica.

(iii) apesar de a multa imposta (vinte mil reais) ter valor inferior ao mínimo estipulado pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 (sessenta mil reais), esse fato, por si só, não permite ao Juiz anulá-la, pois, no particular, o vício não prejudica o interessado. Nada impede, entretanto, a notícia do fato na decisão (multa em valor inferior ao mínimo legal). O CADE apenas determinou a abertura do procedimento administrativo e as sociedades ainda poderão apresentar suas defesas, tanto em relação à fusão, quanto em relação à multa inicialmente imposta.

Outro aspecto (apenas para melhorar a avaliação): caso houvesse urgência na materialização do ato na esfera comercial, as interessadas deveriam postular no CADE “cautelaramente” a aprovação provisória do negócio, na forma do art. 59, §1º c/c o art. 88, § 6º;

São irrelevantes para o acerto da questão (pontuação):

1. o suporte processual considerado pelo candidato: seja examinando a inicial e mandando citar, seja fazendo-o para efeito de examinar eventual tutela antecipada, seja analisando o mérito (ideal). O importante foi aferir a questão de direito econômico, desde que o suporte processual considerado fosse adequado ao enunciado, e não fosse suprimida a análise do indagado.
2. incorreto fugir ao tema com soluções inaplicáveis. Assim: tratar de questões processuais, tais como: violação do PA ao devido processo legal/contraditório, rito da ação, errada afirmação da incompetência do juízo etc.

Quanto à multa, caberia ao Juiz, na decisão, apenas noticiar a sua fixação em valor abaixo do mínimo legal, não podendo, de ofício, determinar ao CADE a sua revisão (aumento). A questão da multa abaixo do mínimo deve ser enfrentada. A mera improcedência do pedido em relação à multa, sem análise dessa questão (valor inferior ao mínimo do art. 88, §3º) não dará ensejo à pontuação integral.

## 2ª QUESTÃO

Pontos valorados:

- Correta delimitação da interpretação conforme a Constituição: caracterização como técnica que não afeta o enunciado legal, mas atinge seu significado normativo possível, mediante declaração de constitucionalidade condicionada à observância de uma única interpretação compatível com o texto constitucional. (0,50)

- Correta delimitação da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: caracterização como técnica que não afeta o enunciado legal, mas atinge seu significado normativo possível, mediante declaração de inconstitucionalidade restrita a um dos significados possíveis do enunciado. (0,50)

- Descrição de exemplo adequado de interpretação conforme a Constituição (0,25)

- Descrição de exemplo adequado de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (0,25)

Correto uso da norma gramatical culta. Violações resultaram em descontos de 0,05 por erro.

### 3ª QUESTÃO

A patente é título outorgado pelo órgão estatal competente, consubstanciado em atribuir a quem a requeira, e preencha os requisitos legais, privilégio exclusivo e temporário sobre os direitos de plena exploração econômica de invento ou de modelo de utilidade.

A obtenção da patente é garantia que advém da própria Constituição Federal (art. 5º, XXIX), e é disciplinada pela Lei nº 9.279/96, que defere prioridade a quem primeiro deposita o pedido (art. 7º). Gera-se, ao fim, propriedade intelectual no tocante a invento ou modelo de utilidade.

Embora o privilégio temporário e *erga omnes* advinha da patente, isto não significa que a tutela às criações utilitárias se subsuma unicamente a essa disciplina.

Por exemplo, a pessoa natural ou jurídica pode optar por manter o invento ou modelo de utilidade como segredo de negócio, evitando revelá-lo. A tutela a esses segredos não tem a grandeza da patente, mas existe. O ideal é que a técnica utilitária seja comunicada à sociedade, de aí ser a patente referida como via de mão dupla. Já a tutela ao segredo é a proveniente da vedação à concorrência desleal e ao ato ilícito (em especial, arts. 4º, VI, da Lei nº 8.078, art. 186 do Código Civil e art. 195, X e XI da Lei nº 9.279).

De outro lado: (i) o interessado que não levou seu engenho a depósito pode reivindicar a patente por outrem ilicitamente obtida (art. 49 da Lei nº 9.279/96); (ii) a divulgação feita, pelo inventor, da invenção ou do modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses antes da data de depósito, não se considera, contra ele, estado da técnica (art. 12 da Lei nº 9.279/96); (iii) ainda que a patente seja legitimamente obtida por outrem, o usuário anterior, de boa-fé, tem respeitada a sua posição (art. 45).

Em suma, o sistema não é fechado, e até tutela correlata, eventualmente, pode incidir, como a do direito de autor, incidente sobre a obra científica expressando o caminho que gerou o invento ou o modelo de utilidade.

Avaliação - Conceito de patente (0,50)

Proteção outra (0,50)

Embasamento legal (0,50)