VANQUES DE MELO

Advogado;
Pós-graduado em Direito Penal e
Direito Processual Penal

SIMPLIFICANDO A

2ª FASE DA OAB

DIREITO PENAL

PASSO A PASSO

- ✓ **Dicas inéditas de como identificar e elaborar a peça, organizar o rascunho e construir as teses**
- ✓ **Memorização mnemônica**
- ✓ **Situações hipotéticas**
- ✓ **Questões dissertativas**
- ✓ **Modelos de peças**

6ª Edição

Atualizada conforme Novo Pacote Anticrime
(Lei nº 13.964 de 24.12.2019)

Editora DIN.CE

2021

Conselho editorial: Eduardo Porto Soares; Alice Maria Pinto Soares; Raimundo Carneiro Leite; Francisco Dirceu Barros e Valdeci Cunha.
Central de atendimento: Tel.: (85) 3231.6298 - 3254.7701
Rua Barão do Rio Branco, 1620 – Centro – Fortaleza/CE
Capa e Diagramação: Irisena de Melo
MELO, Vanques Antônio Gomes de. SIMPLIFICANDO A 2ª FASE DA OAB – DIREITO PENAL – PASSO A PASSO.
DINCE, 2021– 494p.

E-mail: din.ce@hot.mail.com

Fechamento desta edição: 05.02.2021

ISBN: 978-85-7872-221-0

1. Direito Penal e Processual Penal I. Prática Penal II. OAB e Concursos.

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização do autor.

NOTA DA EDITORA
As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do autor.
A Editora DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade do idealizador da obra.

Copyright© 2021 – DIN.CE Edições Técnicas.
©Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610/98.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio, sem autorização expressa e por escrito dos autores e da editora.

Impresso no Brasil
Impressão gráfica:
DIN.CE

ACRÔNIMOS

CADI - Cônjuge, ascendente, descendente e irmão
CC - Código Civil
CF - Constituição Federal/88
CP - Código Penal
CPC - Código de Processo Civil
CPP - Código de Processo Penal
CTB - Código de Trânsito Brasileiro
DEC. - Decreto
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
HC - Habeas Corpus
LCP - Lei de Contravenções Penais
LEP - Lei de Execução Penal
LICPP - Lei de Introdução ao Código de Processo Penal
LINDB - Lei de Introdução às Normas Brasileiras de Direito Civil
LECC - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais
LAU - Lei de Abuso de Autoridade
MP - Ministério Público
MS - Mandado de Segurança
NCPC - Novo Código de Processo Civil
PP - Prisão Provisória
RA - Resposta à Acusação
RESE - Recurso em Sentido Estrito
ROC - Recurso Ordinário Constitucional
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TJ - Tribunal de Justiça

Ao Deus Todo Poderoso, que direciona os meus passos e me sondas;

A meus pais, Antônio e Marinete;

A meu avô Din, fonte de onde colhi algumas sementes de honestidade, ética e moral;

Á minha amada, sábia e ajudadora esposa Márcia;

Aos meus queridos e amados filhos Vanderson, Vladerson, Wandeberg, Wanques Emanoel e Samuel, bênçãos recebidas de Deus;

A meu irmão e amigão, Zé.

1 Bem-aventurado aquele que teme ao SENHOR e anda nos seus caminhos.

2 Pois comerás do trabalho das tuas mãos; feliz serás, e te irá bem.

3 A tua mulher será como a videira frutífera aos lados da tua casa; os teus filhos, como plantas de oliveira à roda da tua mesa.

4 Eis que assim será abençoado o homem que teme ao Senhor.

5 O Senhor te abençoará desde Sião, e tu verás o bem de Jerusalém em todos os dias da tua vida.

6 E verás os filhos de teus filhos, e a paz sobre Israel.

Salmos 128:1-6

"Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta".

Ruy Barbosa

Plantar uma árvore objetivando ter a própria sombra é correr o risco dessa árvore cai sobre sua cabeça. Mas é preferível correr esse risco a ter que viver a vida toda dependendo da sombra da árvore dos outros.

Vanques de Melo

SUMÁRIO

Apresentação 17

Introdução 19

CAPÍTULO 1 – IDENTIFICANDO A PEÇA E SUAS PECULARIEDADES 21

1ª FASE: PRE-PROCESSUAL (ou de INQUÉRITO) **25**

I) Peças de acusação 25

1ª) Representação 26

2ª) Queixa-crime 31

II) Peças de requerimento 42

1ª) Instauração de inquérito policial 42

2ª) Restituição de coisas apreendidas 44

3ª) Relaxamento da prisão em flagrante 47

4ª) Revogação da prisão preventiva 56

5ª) Liberdade provisória com ou sem fiança 66

6ª) Revogação de prisão temporária 77

7ª) *Habeas corpus* 79

8ª) Mandado de segurança 81

2ª FASE: PROCESSUAL **82**

I) Peças de defesa 83

A) **Antes do recebimento da denúncia ou queixa** 83

1ª) Defesa preliminar de funcionário público 83

2ª) Defesa prévia do rito de drogas 88

B) **Depois do recebimento da denúncia ou queixa** 90

1ª) Resposta à acusação – RA 90

2ª) Resposta à acusação no júri 98

3ª) Memoriais no rito comum 102

4ª) Memoriais no rito do júri 106

5ª) Exceções 10

5.a) Exceção de suspeição 110

5.b) Exceção de incompetência do juízo 111

5.c) Exceção de ilegitimidade das partes 112

6ª) Habilitação como assistente de acusação 114
II) Peças de recursos..... 120
A) Direcionadas ao próprio juízo do feito 121
1ª) RESE - Recurso em sentido estrito no rito comum 121
1ª-A) RESE - **no rito comum**..... 123
1ª-B) RESE **no júri** 132
1ª-C) Outras hipóteses de cabimento de RESE 138
a) Hipótese de cabimento de RESE no CTB..... 138
b) Liberdade de manifestação do pensamento e de informação – Lei 5.250/67 139
c) Lei nº 1.508, de 1912.1951 (Regula o Processo das Contravenções)..... **139**
1º-D) Contrarrazões de RESE..... 139
2ª) Apelação..... 142
2ª-A) Apelação no rito ordinário e sumário..... 143
2ª-B) Apelação nos Juizados especiais criminais 147
3ª-C) Contrarrazões de apelação 150
2ª-D) Apelação no júri..... 155
3ª) Embargos de declaração 159
B) Direcionadas ao Tribunal..... 161
1ª) Embargos de Declaração 161
2ª) Embargos Infringentes e de Nulidade 161
3ª) Recurso Ordinário Constitucional – ROC..... 163
4ª) Recurso Especial 167
5ª) Recurso Extraordinário 170
C) Direcionadas ao Escrivão ou Secretário do Tribunal 175
1ª) Carta testemunhável 175
3ª FASE – PRÓS-PROCESSUAL ou DE EXECUÇÃO DA PENAL 178
I) PEÇA DE IMPUGNAÇÃO 179
1ª) Revisão Criminal 179
2ª) Reabilitação Criminal 185
3ª) Agravo em execução..... 188
II) PEÇAS DE BENEFÍCIOS..... 192

1º) Soma ou unificação de penas 192
2º) Progressão ou regressão nos regimes 194
3º) Suspensão condicional da pena 200
4º) Livramento condicional 202
SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS SOBRE COMO IDENTIFICAR AS PEÇA . 206
PRAZOS NO PROCESSO PENAL: OBSERVAÇÕES IMPORTANTES 86

CAPÍTULO 2 – ELABORANDO O RASCUNHO 213
***I*nfração** 214
Teoria geral do crime *214*
Iter Criminis *225*
***P*ena** 228
***R*ito (ou procedimento)** 231
***A*ção penal: Conceito, classificação e peculiaridades** 232
***F*ases (ou momento processual)** 245
***A*rgumentos (ou teses)** 245
***C*ompetência** 245

CAPÍTULO 3 - CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS 253
1. NOÇÕES GERAIS 253
2. TIPOS DE TESES 254
2.1 PRELIMINAR 254
2.1.1 Extinção da punibilidade – art. 107 do CP 255
2.1.1.1 Prescrição, decadência e perempção 260
2.1.1.1.1 Prescrição 260
2.1.1.1.2 Decadência 269
2.1.1.1.3 Perempção 270
2.1.2 Nulidades 271
2.1.2.1 hipóteses previstas no CPP 272
2.1.2.2 Nulidades relacionadas às provas ilícitas 279
2.1.3 Rejeição da denúncia ou queixa 280

2.1.3.1 Hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa..... 281
2.2 TESES DE MÉRITO..... 281
2.2.1 Tese principal – Absolvição..... 282
2.2.1.1 Tipos de absolvição..... 282
2.2.1.1.1 Absolvição sumária do art. 397..... 282
2.2.1.1.2 Absolvição do art. 386..... 285
2.2.1.1.3 Absolvição do art. 415..... 288
2.2.2 Tese subsidiária > DDR BDL..... 291
Desclassificação da conduta..... 291
Dosimetria da pena – arts. 59 e 68 do CP..... 293
Regime de cumprimento da pena - art. 33 do CP..... 295
Benefícios penais – arts. 44 e 77 do CP e art. 89/Lei 9.099/95. 297
Dano fixado em valor mínimo – art. 387, IV, do CPP..... 300
Liberdade – direito de recorrer em liberdade..... 301
3. DICAS SOBRE O USO DAS TESES..... 302
4. CASO PRÁTICO SOBRE DDRBDL..... 302

CAPÍTULO 4 - APRENDENDO A ELABORAR A PEÇA..... 307
1) Endereçamento/competência..... 308
2) Número do processo..... 309
3) Preâmbulo..... 310
4) Nome da peça e fundamento legal..... 311
5) Dos fatos..... 311
6) Do Direito..... 311
Introdução..... 312
Premissa maior..... 312
Premissa menor..... 313
Conclusão..... 313
7) Do pedido..... 315
8) Fechamento..... 315
Como deve ficar a peça..... 316
Algumas peculiaridades sobre a elaboração da peça..... 319

CAPÍTULO 5 - RESOLVENDO PROBLEMAS E CONSTRUINDO TESES DEFENSIVAS 321

1. FASE PRÉ-PROCESSUAL OU DE INQUÉRITO 321

Representação 321

Queixa-crime 323

Relaxamento de prisão em flagrante 325

Liberdade provisória 326

Mandado de segurança 327

2. FASE PROCESSUAL 328

Defesa Preliminar 328

Resposta à Acusação 328

Memoriais 330

RESE – Recurso em Sentido Estrito 335

Recurso em Sentido Estrito versus Desclassificação da conduta 337

Contrarrazões do RESE 339

Apelação 339

Embargos infringentes e de nulidade 342

Embargos de Declaração 343

Recurso Ordinário Constitucional - ROC 344

Recurso Especial 347

Recurso Extraordinário 348

3. FASE PÓS-PROCESSUAL (OU DE EXECUÇÃO) 348

Agravo em Execução 348

Livramento Condicional 351

Progressão de Regime 352

Revisão Criminal 3153

CAPÍTULO 6 - RESOLVENDO CASOS PRÁTICOS 355

6.1 DIREITO PENAL 355

6.1.1 Princípios do Direito Penal 355

Princípio da especialidade 355

Princípio da ultra-atividade da lei penal benéfica 356

Princípio da territorialidade 357
Princípio da confiança 357
Princípio da insignificância 358
Conflito aparente de normas 361
6.1.2 Aplicação da lei penal 364
Lei Temporária 365
6.1.3 Teoria do crime 365
Relação de causalidade: teoria da imputação objetiva, teoria da *conditio sine qua non* (art. 13 do CP) 365
Fato atípico 369
Omissão 358
Inter criminis - atos preparatórios 371
Tentativa – art. 14, II, do CP 371
Desistência voluntária – art. 15 do CP 373
Arrependimento eficaz – art. 15 do CP 374
Crime impossível - art. 17 do CP 375
Erro de proibição 377
Erro sobre a pessoa - art. 20, § 3º do CP 378
Erro na execução - art. 73 378
Resultado diverso do pretendido “aberratio delicti”– art.74/CPP 380
Antijuricidade – excludentes de ilicitude – art. 23 do CP 381
Exercício regular do direito – art. 23 do CP 382
Exigibilidade de conduta diversa – art. 22 do CP 383
Inimputabilidade por menoridade penal - art. 27, CP 385
Concurso de pessoas – arts. 29 a 31 do CP 385
Circunstâncias incomunicáveis - art. 30 do CP 387
Das penas 388
Reincidência e primariedade – art. 63 do CP 389
Concurso de crimes – arts. 69 a 72 do CP 390
Extinção da punibilidade 391
Prescrição - art. 107 do CP 392
6.1.4 Dos Crimes em Espécies 394

Homicídio - art. 121 do CP 394
Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio - art. 122 do CP ... 394
Infanticídio – art. 123 396
Aborto - arts. 124 a 128 do CP 397
Lesão corporal – art. 129 do CP 397
Crimes contra a honra 399
Constrangimento ilegal - art. 146 do CP 401
Crimes contra o patrimônio 401
Furto - arts. 155 a 156 do CP 401
Roubo – art. 157 do CP 403
Extorsão – art. 158 do CPP 404
Dano - arts. 163 a 167 do CP 405
Apropriação indébita previdenciária - art. 168-A do CP 406
Estelionato - art. 171 do CP 406
Receptação - art. 180 do CP 407
Escusas absolutórias – art. 181 do CP 407
Crimes contra a dignidade sexual 409
Estupro - Art. 213 409
Violência sexual mediante fraude - art. 215 do CP 410
Estupro de vulnerável - art. 217-A do CP 410
Crimes contra a fé pública 412
Falsificação de documento particular *versus* atipicidade da conduta – art. 298 do CP 412
Crimes contra a administração pública 412
a) Peculato: art. 312 do CP 413
b) Peculato furto (peculato impróprio) art. 312,§1º, do CP 413
c) Peculato mediante erro de outrem - art. 313 do CP 414
d) Denunciação caluniosa - art. 339 do CP 414
e) Favorecimento real - art. 349 do CP 415
f) Exploração de prestígio - art. 357 do CP 416
6.2 DIREITO PROCESSUAL PENAL 417
Princípios aplicáveis ao Processo Penal 417

Competência 417
Provas ilícitas – art. 157 do CPP 420
Prisão preventiva 420
Tribunal do júri 421
Nulidades 422
Mutatio libelli e *emendatio libelli* *424*
Reformatio in pejus – art. 619 do CPP 425
Recursos 429
Embargos infringentes 429
Agravo em execução 429
6.3 PEÇAS AUTÔNOMAS 430
6.4 LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL 431
Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84 431
Preconceito Racial - Lei 7.716/89 432
Código de Trânsito – Lei 9.503/1997 433
Lei de Droga - Lei 11.343/2006 434
Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13 434

CAPÍTULO 7 – MODELOS 437
1ª Fase: Pré-Processual (ou de Inquérito) 427
2ª Fase: Processual 452
3ª Fase Pós-Processual (ou de Execução) 482

MODELO DE RASCUNHO 489

APRESENTAÇÃO

A advocacia é, sem sombra de dúvida, além de fascinante, uma das profissões mais nobres e antigas da história da humanidade. Sua trajetória se confunde essencialmente com a própria história do homem, reconhecendo-se de forma pacífica que a advocacia existe desde a antiguidade. Porém, é no berço do Direito Romano que a advocacia surge como profissão.

Além de sua nobreza, a advocacia é a única profissão existente no Brasil que possui status constitucional, quando atribui ao Advogado função indispensável à administração da Justiça (art.133 da CF), sendo ainda assegurada a inviolabilidade de seu escritório, conforme art. 7º da Lei 8.906/94, entre outros privilégios.

Todavia, para ser advogado, o caminho é longo e requer muitos sacrifícios. Além do curso de graduação, que dura em média seis (6) anos, existe outros requisitos para exercer a profissão no Brasil. O Estatuto da Advocacia e a OAB – Lei 8.906/1994, em seu art. 8º traz os requisitos necessários para inscrição como advogado, quais sejam:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - **aprovação em Exame de Ordem**;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

Dos requisitos acima, não resta dúvida de que a aprovação no exame de ordem é o mais questionado e temido pelos acadêmicos e graduados em Direito. Isso tem uma razão: segundo o blog.portalexamedeordem.com.br, no XII exame da ordem apenas 12,84% dos candidatos inscritos foram aprovados na prova preliminar.

É certo que ser aprovado no exame da OAB não é tarefa fácil, mas também não é algum impossível. Um pouco de dedicação e estudo direcionado e com material adequado trará um resultado satisfatório em pouco tempo.

Durante minha preparação para o exame da OAB, apesar de dispor de vários materiais de estudo e, diga-se de passagem, todos de excelente qualidade, sentir a necessidade de algo mais prático e objetivo que me orientasse e mostrasse o que e como fazer para obter a tão desejada aprovação.

Este livro surgiu dessa necessidade sentida por mim e se propõe a preencher essa lacuna.

Vanques de Melo

drvanques@hotmal.com

INTRODUÇÃO

O objetivo deste manual é apresentar, para aqueles que desejam serem aprovados na 2ª fase da OAB em Direito Penal, algumas noções básicas de Direito Penal e Direito Processual Penal, acrescidas de **técnicas inéditas de estudos** e **memorização mnemônica** de como realmente se preparar e ser aprovado nesse exame.

Vamos iniciar nosso estudo no primeiro capítulo com a **identificação da peça.** Isso porque a primeira coisa que o candidato faz quando recebe e ler o enunciado da prova é procurar identificar a peça. Neste capítulo, vamos esmiuçar cada detalhe, dividindo-o em três momentos distintos e apresentando qual peça é cabível em cada um deles e suas respectivas teses.

No segundo capítulo vamos tratar do **rascunho**, pois é a segunda coisa que o candidato faz (ou pelo menos deveria fazer) quando já está com a prova em mãos. Nesse capítulo, iremos orientar o(a) candidato(a) como elaborar o rascunho, usando como parâmetro dicas inéditas e palavras chaves, o que ajudará a assimilar o conteúdo.

No capitulo 3º, vamos aprender a **construir as teses**, identificando seus tipos, como elabora-las, sempre apresentando dicas e usando palavras mnemônicas.

No capítulo 4º, iremos aprender a **elaborar a peça**, dando destaque aos elementos que devem conter uma petição (ou recurso), acrescido de exemplares práticos.

No capítulo 5º, vamos apresentar alguns **problemas** e aprender a **construir as teses.**

No capítulo 6º, abordaremos questões de provas passadas, organizadas por assunto, dando ênfase para as mais cobradas pela banca.

Por fim, no capítulo 7, serão apresentados modelos de peças.

CAPÍTULO 1

IDENTIFICANDO AS PEÇAS E SUAS PECULIARIDADES

Muitos candidatos têm receio da matéria de Direito Penal, pois se especula que são muitas as peças envolvendo essa disciplina. É verdade, Direito Penal contempla muitas peças e a FGV pode cobrar qualquer uma.

Entretanto, asseguramos que o(a) candidato(a) dificilmente vai errar a peça e, se na hora da prova tiver dúvida de qual peça deva ser elaborada, essa dúvida vai girar em torno de duas e, no máximo três peças, receio esse que será eliminado com a segunda ou terceira leitura do enunciado da questão.

Apesar da grande variedade de peças, a "estrutura" da maioria delas é semelhante, mudando apenas a fundamentação legal e as teses.

É notório que **a peça é o parte mais importante da prova da OAB** e que, sem sombra de dúvida, é nela que o(a) candidato(a) tem mais possibilidade de obter pontos necessários para a aprovação. Não que as questões sejam menos importantes, toda a prova é importante e deve ser feita por completa. Porém a peça, por ter um critério lógico a ser seguido, acaba sendo mais fácil de ser resolvida e onde se pode obter maior pontuação.

A metodologia que adotamos neste livro, embora seja mais direcionada para as peças, servirá de base também para as questões discursivas, visto que abordaremos algumas considerações gerais sobre Direito Material, bem como de Direito Processual Penal.

É inegável que exista uma variação muito grande de temas sobre as duas disciplinas. Todavia, se o(a) candidato(a) tiver alguma noção sobre teoria do crime, ação penal, nulidades processuais, recursos, prisão etc, e conhecer o *vade mecum* que vai usar na prova, não terá muita dificuldade para fazer a peça e, consequentemente, resolver as questões. Até porque a regra é que a fundamentação legal, tanto para a peça como para as questões, está na lei ou nas súmulas. Destarte, se o(a) candidato(a) estuda para resolver a peça, certamente está se preparando também para as questões dissertativas.

E como fazer para identificar a peça?

Para identificar a peça, o primeiro passo é **descobrir o MOMENTO PROCESSUAL** em que se encontra o caso apresentado pela banca. O momento processual pode ser dividido em três fases distintas:

1ª) Pré-processual ou de Inquérito;

2ª) Processual; e

3ª) Pós-processual (ou de execução)

Vamos analisar cada um desses momentos e suas respectivas peças, dando ênfase àquelas mais possíveis de serem cobradas pela FGV.

Mas antes, para uma melhor compreensão do que será estudado, vamos dá uma olhada e fixar no quadro a seguir.

1ª FASE: PRÉ-PROCESSUAL (OU DE INQUÉRITO). Antecede o recebimento da denúncia ou queixa. São cabíveis:	**2ª FASE: PROCESSUAL.** Após o oferecimento da denúncia. São cabíveis:	**3ª FASE – PÓS-PROCESSUAL ou DE EXECUÇÃO DA PENA.** Houve sentença penal condenatória com trânsito em julgado
I)**Peças de acusação** 1ª)Representação; 2ª) **Queixa-crime** Entre outras	I)**Peças de defesa** *a) ANTES do recebimento da denúncia ou queixa:* 1ª)Defesa preliminar de funcionários públicos e 2ª)Defesa prévia do rito de drogas *b) DEPOIS do recebimento da denúncia ou queixa:* 1ª)Resposta à acusação – RA 2ª)Resposta à acusação no júri 3ª)Memoriais no rito comum 4ª)Memoriais no rito do júri 5ª)Exceções	I)**Peças de impugnação** 1ª)Revisão criminal 2ª)Reabilitação criminal 3ª)Agravo em execução
II)**Peças de requerimento** 1ª)Instauração de	II)**Peças de recurso.** Já houve uma sentença condenatória, mas que não transitou em	I)**Peças de benefícios** 3ª) Soma ou

inquérito policial 2ª)Restituição de coisas apreendidas 3ª)Relaxamento da prisão em flagrante 4ª)Revogação da prisão preventiva 5ª)Liberdade provisória com ou sem fiança 6ª)Habeas corpus e 7ª)Mandado de segurança.	julgado. São cabíveis: *a) Direcionadas ao próprio juízo do feito* 1ª)Recurso em sentido estrito - RESE 2ª)Apelação 3ª)Embargos de declaração Entre outra. *b) Direcionadas ao tribunal* 1ª)Embargos de declaração 2ª)Embargos infringentes ou e de nulidade 3ª)Recurso ordinário constitucional - ROC 4ª)Recurso especial 5ª)Recurso extraordinário 1ª)Carta testemunhável	unificação da penal 4ª)Progressão de regime 5ª)Suspensão condicional da pena 6ª)Livramento condicional Entre outras.

Feito isso vamos então compreender cada um desses momentos(fases) processuais, analisar suas respectivas peças e peculiaridades de cada uma delas.

ATENÇÃO!!

No decorrer deste livro o(a) candidato(a) vai se deparar por diversas vezes com este **símbolo”** **”. Ele representa as peças mais importantes** e que devem ser estudadas com mais dedicação, visto que muito são as peças da disciplina de Direito Penal.

Desta forma, o símbolo representa àquelas que mais têm sido objeto de avaliação pela banca.

1ª FASE: PRÉ-PROCESSUAL (OU DE INQUÉRITO)

Esta fase **antecede o recebimento da denúncia ou queixa**, ou seja, ainda não existe uma ação penal. **É o momento inicial em que há apuração (investigação) dos fatos** pela polícia judiciária que, depois de concluída a investigação, o inquérito será enviado ao Ministério Público para análise e, caso exista indício de autoria e materialidade do fato, o consequente oferecimento da denúncia.

Nesta fase são cabíveis as seguintes peças:

I) Peças de **Acusação**
- 1ª) Representação
- 2ª) Queixa-crime
- entre outras.

II) Peças de **Requerimento**
- 1ª) instauração de inquérito policial
- 2ª) restituição de coisas apreendidas
- 3ª) relaxamento da prisão em flagrante
- 4ª) revogação da prisão preventiva
- 5ª) liberdade provisória com ou sem fiança
- 6ª) habeas corpus e
- 7ª) mandado de segurança.

Passaremos à análise de cada uma deles.

MAS, antes preste atenção na dica!!!

Embora a FGV tenha dado preferência às peças que são cabíveis após o oferecimento da denúncia, vamos começa pelas peças cabíveis na fase de inquérito, explorando também as peças que não têm sido tão exigidas pela banca, isto porque, como costumamos dizer, **a prova, em regra, contém duas ou mais peças**, quais sejam: uma peça que o candidato deve elaborar por completa e outra(s) em que a banca apresenta uma situação hipotética e pede para o candidato responder qual

peça é cabível naquela situação, o prazo de interposição e os argumentos necessários para beneficiar o cliente.

I) PEÇAS DE ACUSAÇÃO

Peças cabíveis:

1ª) Representação e

2ª) Queixa-crime, entre outras.

1ª) REPRESENTAÇÃO

Como veremos mais adiante, a **regra** é que a ação penal[1] é **pública incondicional**, ou seja: não precisa de nenhuma condição específica de procedibilidade[2] para ser intentada. Ex.: Homicídio (art. 121 do CP).

Entretanto, há situações em que a lei determina que o **ofendido (vítima)** ou **seu representante** exerça o direito de ação (ação penal privada – art. 30 do CPP) ou que a **ação penal seja procedida de autorização** (ação penal pública condicionada à representação – art. 24 CPP). Nesses casos, obrigatoriamente **precisa de manifestação**, seja da vítima ou do representante legal para que a ação seja intentada.

O CPP dispõe que:

> ***Art. 24***. *Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, **quando a lei o exigir**, de requisição do Ministro da Justiça, ou de **representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo**.*
>
> ***Art. 39.*** *O **direito de representação** poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.*
>
> ***Art. 5º*** *(...)*
>
> § 4º ***O inquérito****, nos crimes em que a ação pública depender de representação, **não poderá sem ela ser iniciado***. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido é o art. 100 do Código Penal:

---

[1] Sobre ação penal, vide capítulo "ELABORANDO O RASCUNHO".

[2] Ver assunto "Condições da Ação".

> ***Art. 100*** *A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*

Em determinadas **ações penais de iniciativa pública**, para que o Estado possa promover a persecução penal, o legislador impôs para a vítima (ou quem tem legitimidade para representá-la), **necessidade de se manifestar por meio da** REPRESENTAÇÃO, ou seja, **deve existir a INICIATIVA por parte da vítima ou de seu representante legal.**

CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO

Representação pode ser entendida como a **manifestação de vontade do querelante** para que o Estado ajuíze a ação penal.

Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2013, p.22) lecionam:

> *As infrações de iniciativa privada são aquelas que ofendem de tal maneira a intimidade da vítima, que o legislador prefere conferir a ela o próprio exercício do direito de ação, à luz da sua discricionariedade. É que expor a intimidade ao longo do processo pode ser mais gravoso para a vítima do que aceitar a impunidade do infrator. Por essa razão, é a vítima que vai decidir se irá ou não deflagrar o processo, e se vai requerer a instauração do inquérito policial (§ 5º). Sem manifestação da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la (representante legal, no caso dos menores, ou pessoas indicadas no art. 31 do CPP, havendo morte ou ausência), o inquérito não poderá ser deflagrado.*

COMO SABER SE A AÇÃO SE PROCEDE MEDIANTE REPRESENTAÇÃO?

Essa é uma preocupação mínima para a prova da OAB. Basta o candidato saber qual foi o delito imputado ao acusado. No mais, **quando a ação penal for condicionada a representação, a lei dirá expressamente**, trazendo, em regra, no final do artigo ou nas disposições gerais do titulo, o preceito de que "*somente proceder-se-á mediante representação"*. Veja como exemplo os arts. 154-B e 182 do Código Penal:

> ***Art. 154-B****. Nos crimes definidos no art. 154-A,* ***somente se procede mediante representação****, SALVO se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)*

Art. 182. ***Somente se procede mediante representação***, *se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:*

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

CUIDADO!

Crimes de lesões corporais leves e culposas

Embora o Código Penal seja omissos, os crimes de **lesão corporais leves e culposas** dependem de representação, conforme prevê o art. 88 da Lei 9.099/91 e art. 291, §1º do CTB:

"Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, ***DEPENDERÁ DE REPRESENTAÇÃO a ação penal relativa aos crimes de*** *LESÕES CORPORAIS LEVES e LESÕES CULPOSAS"* (art. 88 da Lei 9.099/95).

"Aplica-se aos CRIMES DE TRÂNSITO de ***lesão corporal culposa*** *o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:"* (art. 291, § 1º, do CTB – Lei 9.503/97)

NÃO ESQUEÇA!

CPP:

Art. 5º *... § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação,* ***não poderá sem ela ser iniciado***. (grifo nosso)

Art. 25. *A representação será IRRETRATÁVEL,* ***depois de oferecida a denúncia***. (grifo nosso)

INQUÉRITO POLICIAL SEM MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA

Caso a autoridade policial instaure o **inquérito policial sem manifestação da vítima**(art. 5º § 4º , CPP), esta pode impetrar **Mandado de Segurança**, requerendo o arquivamento do inquérito, visto que falta condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada.

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA

Arts. 5º, § 4º, 24 e 39 do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

O problema fará menção sobre a existência de um crime cuja ação é pública condicionada à representação, ou seja, "*Somente se procede mediante representação*". Ex.: Art. 147, parágrafo único, do CP.

PRAZO

Em REGRA é de 6 meses (art. 38 do CPP c/c art. 103 do CP). *EXCEÇÃO:* Crime de imprensa - 3 meses (art. 41, §1º, da Lei 5.250/67).

> ***CPP: Art. 38****. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de* ***SEIS MESES****,* ***contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime****, ou,* ***no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia****.*

CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

CUIDADO!

Tratando-se de **crime de menor potencial ofensivo** (art. 61[3] da Lei 9.099/95), não importa a data em que a vítima tomou conhecimento do fato, pois a Lei dos Juizados Especiais possibilitou que **na audiência preliminar**, o acusado possa reparar o dano e assim ver-se livre de ser processado. Caso o acusado não concorde em reparar o dano, **a vítima pode oferecer representação verbal** durante a audiência (art. 75[4] da Lei 9.099/95).

Assim, pelo PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE, nas infrações de menor potencial ofensivo, **o prazo de 6 meses tem início a partir da realização da audiência preliminar**.

---

[3] ***Art. 61.*** *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)*

[4] ***Art. 75****. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.*

LEGITIMADOS

A previsão legal está no art. 39 do CCP, *in verbis*:

> ***CPP: Art. 39.*** *O direito de representação poderá ser exercido,* ***pessoalmente ou por procurador com poderes especiais****, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.*

COMPETÊNCIA

A representação pode ser dirigida tanto ao **juiz**, como ao **MP** ou ao **Delegado de Polícia Civil**, conforme previsão legal do CPP.

> ***Art. 39.*** *O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita* ***ao juiz****,* ***ao órgão do Ministério Público****,* ***ou à autoridade policial****.*

Entretanto, em se tratando da prova da OAB, a peça será direcionada **ao juiz**.

TESES / ARGUMENTOS:

Demonstrar que há indícios de autoria e materialidade do fato delitivo e consequente desejo de sua apuração para que o acusado seja processado.

PEDIDOS:

Fazer resumo de todas as teses construídas e requerer que

=> seja instaurado o competente inquérito policial para que seja apurado o fato e a autoria do leito.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

DICA FINAL:

Não esquecer que nesta peça há necessidade de se fazer uma procuração.

2ª) QUEIXA-CRIME

Enquanto que na REPRESENTAÇÃO a **ação penal é pública condicionada**, na QUEIXA CRIME a **ação é privada** e deve ser oferecida no prazo de 6 meses (art. 38 CPP).

Veja o que dispõe o art. 30 do CPP:

> ***Art. 30***. *Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a* ***ação privada***. (grifamos)

Por sua vez, o CP determina que

> ***Art. 100****. (...)*
>
> *§ 2º - A* ***ação de iniciativa privada*** *é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*
>
> *§ 3º - A* ***ação de iniciativa privada*** *pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

A QUEIXA-CRIME, que corresponde à denúncia na ação penal pública, **é a peça inicial que dá início à AÇÃO PENAL PRIVADA** e pode ser feita por qualquer cidadão.

REQUISITOS DA QUEIXA (OU DENÚNCIA):

A lei exige que a parte ofendida (ou seu representante legal) faça a exposição de todas as circunstâncias do fato criminoso, conforme prevê o CPP.

> ***Art. 41****. A denúncia ou* ***queixa*** *conterá a* ***exposição do fato criminoso****, com todas as suas circunstâncias, a* ***qualificação do acusado*** *ou* ***esclarecimentos*** *pelos quais se possa identificá-lo, a* ***classificação do crime*** *e, quando necessário, o* ***rol das testemunhas***.
>
> ***Art. 44.*** *A queixa* ***poderá ser dada por procurador com poderes especiais****, devendo constar do* ***instrumento do mandato*** *o* ***nome do***

> ***querelante*** *e a* ***menção do fato criminoso****, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.* (grifo nosso)

QUEIXA OU DENÚNCIA INEPTA

A **queixa** (ou mesmo a denúncia) **que não contiver a exposição do fato criminoso** atribuído ao acusado, com todas as suas circunstâncias, **é inepta** devendo, portanto, ser rejeitada. Isso porque, queixa ou denúncia sem essas características dificulta o **exercício da ampla defesa**.

HIPÓTESES DE REJEIÇÃO DA QUEIXA OU DA DENÚNCIA

Sobre as hipóteses de rejeição da queixa ou da denúncia, o CPP dispõe que:

> ***Art. 395****. A denúncia ou queixa* ***será rejeitada quando****: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *I - for manifestamente inepta;*
>
> ⇨ Neste caso, a inicial não preenche os requisitos do art. 41 do CPP.
>
> *II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou*
>
> ⇨ A parte não tem capacidade postulatória para está em juízo.
>
> *III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*
>
> ⇨ "*A falta de justa causa, refere-se a ausência da "fumaça do bom direito" para a prisão, o inquérito, a ação penal, enfim qualquer constrangimento à liberdade ambulatorial da pessoa*". (Vauledir Ribeiro Santos)
>
> ⇨ O fato é atípico (ex.: crime impossível), está extinta a punibilidade etc.

Se o **juiz rejeita**, sem motivo justificado, **a denúncia ou a queixa** (art. 395), cabe **RESE** nos termos do art. 581, I, do CPP.

MUITA ATENÇÃO:

O candidato deve ainda ficar atento, pois se o delito é **contravenção penal** ou **crime cuja pena não seja superior a 2 anos**, e o **juiz rejeita a denúncia ou queixa**, A PEÇA SERÁ APELAÇÃO e não RESE, conforme prevê o art. 62 da Lei 9.099/95.

***Art. 82**. Da **decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação**, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.* (grifo nosso)

NECESSIDADE DE REPRESENTANTE

Quanto à **necessidade de representante legal**, preceitua o CPP:

> ***Art. 33**. Se o ofendido for **menor de 18 (dezoito) anos**, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e **não tiver representante legal**, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por **curador especial**, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.*
>
> ***Art. 34**. Se o ofendido for **menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos**, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.* (grifo nosso)

PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS

Ninguém pode ser representado em juiz por um advogado se este não tiver uma procuração. Portanto, no caso de ter que fazer uma peça de queixa-crime, não existe a necessidade de se fazer uma procuração, mas apenas de colocar entre parente após a qualificação da vítima "*(mandato anexo)*", conforme prevê o art. 44 do CPP:

> ***Art. 44**. **A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais**, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.*

PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA

FIQUE LIGADO!

No que se refere ao prazo para o ofendido ou seu representante legal se manifestar, este é de **6 meses** e trata-se de **PRAZO DECADENCIAL.**

> ***CPP: Art. 38****. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de* ***seis meses****,* ***contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime****, ou,* ***no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia****.*

AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Dar-se no caso de **inércia do MP**, ou seja, quando este, no prazo legal que lhe é concedido para oferecer a denúncia (v.g., art. 41 do CPP[5]), não a apresenta, não requer diligência, nem pede o arquivamento. Tem previsão legal no art. 29 do CPP e no § 3º do art. 100 do CP.

> ***CPP: Art. 29.*** *Será admitida* ***ação privada*** *nos crimes de* ***ação pública****,* ***se esta não for intentada no prazo legal****, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.*
>
> ***CP: Art. 100****. A* ***ação penal é pública****, SALVO quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*
>
> *§ 3º - A* ***ação de iniciativa privada*** *pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

ATENÇÃO para a Súmula 524 do STF:

> *Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça,* ***não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas***
>
> *.*

---

[5] ***Art. 46.*** *O* ***prazo para oferecimento da denúncia****, estando o* ***réu preso, será de 5 dias****, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial,* ***e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado****. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.*

MUITO CUIDADO COM AS PEGADINHAS!

Vejamos um caso prático.

Carlos foi indiciado pela prática de um crime de lesão corporal grave, que teria como vítima Jorge. Após o prazo de 30 dias, a autoridade policial elaborou relatório conclusivo e encaminhou o procedimento para o Ministério Público. O promotor com atribuição concluiu que não existiam indícios de autoria e materialidade, razão pela qual requereu o arquivamento. Inconformado com a manifestação, Jorge contratou advogado e propôs ação penal privada subsidiária da pública. Nesse caso, é correto afirmar que:

C) a queixa proposta deve ser rejeitada pelo magistrado, pois não houve inércia do Ministério Público. ***(XVII Exame/FGV/2015)***

Note que o MP, dentro do prazo legal, entendeu que não existiam indícios de autoria ou materialidade do crime, razão pela qual requereu o arquivamento.

A **ação penal privada subsidiária da pública** só pode acontecer frente a inércia do poder público. O MP é o titular da ação penal pública, se ele entender que não é caso de se instaurar uma ação penal, esse entendimento não pode ser traduzido como inércia.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PEREMPÇÃO

MUITA ATENÇÃO:

Se o **prazo de 6 meses** (contados do dia em que o ofendido tomou conhecimento do fato) **não for obedecido**, haverá **extinção da punibilidade**[6], conforme prevê o art. 107, IV do CP.

Fique atento ao que dispõe art. 60 do CPP:

> ***Art. 60****. Nos casos em que somente se procede mediante queixa,* ***considerar-se-á perempta a ação penal****:*
>
> *I -* ***quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos****;*
>
> *II - quando,* ***falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo****, para prosseguir no processo, dentro do* ***prazo de 60 (sessenta) dias****, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;*

[6] Este assunto será estudado no capítulo "CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS".

> *III - quando o* ***querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado****, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;*
>
> *IV - quando, sendo o querelante* ***pessoa jurídica****, esta* ***se extinguir sem deixar sucessor****.*

Iniciada a ação penal e, se o crime depende de queixa-crime, ocorrendo alguma das situações acima previstas, restará extinta a punibilidade pela **perempção**(Art. 107, IV, CP).

COMO SABER SE A AÇÃO SE PROCEDE MEDIANTE QUEIXA-CRIME?

O **primeiro passo** para descobrir que tipo de ação penal é cabível **é saber qual foi o delito imputado ao acusado**. Feito isso, é só ir até o final do capítulo do Código Penal (ou da norma específica) que tipifica o delito e ver a sua redação. Veja exemplo abaixo.

> ***CP: Art. 145****. Nos crimes previstos neste Capítulo* ***somente se procede mediante queixa****, SALVO quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.*

Perceba que o Código Penal é claro ao definir qual tipo de ação penal é cabível nos Crimes Contra a Honra abrindo, porém, traz uma exceção para § 2º do art. 140, que, nesse caso a ação penal será pública incondicionada.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Art. 29 ou 30 do CPP (a depender do caso apresentado pela banca)

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O problema deixará claro que houve um delito cuja ***ação penal é de iniciativa privada***, ou seja, "*somente se procede mediante queixa*", e que o candidato, como advogado da vítima, deve tomar as providências necessárias. Ex. Art. 145 do CP.

DE OLHO NA DICA:

Provavelmente a FGV vai trazer no problema uma situação que se enquadra nas hipóteses de **crimes contra a honra** (arts. 138 a 145 do CP). Assim, o candidato deve ficar atento quanto a **competência.**

Em regra, *tais crimes são de menor potencial ofensivo*, porém, se houve mais de uma conduta (v.g. calunia e difama) somam-se as penas e SE passar de 2(dois) anos, a competência será da justiça comum, regido pelo arts. 394 e 396 do CPP.

CUIDADO!

Se o problema apresentado pela banca deixar claro que **houve mais de uma conduta praticada pelo agente**, deve-se observar o que dispõem os arts. 69 e 70 do CP.

COMPETÊNCIA

Competência, neste caso, deve se entendida com "a quem deve ser dirigida a peça".

No caso de queixa-crime, vai depender da natureza da infração.

- Se o crime é de competência da justiça comum estadual (pena igual ou superior a 4 anos) => para o **juiz de 1º grau**;
- Se infração de menor potencial ofensivo (contravenções penais ou crimes com pena máxima não superior a 2 anos) => para o **juiz dos juizados especiais criminais**;
- Se crime de competência da justiça federal (art. 109 da CF) => para **o juiz da seção respectiva**.

LEGITIMADOS

As pessoas previstas nos art. 30 a 37 do CPP.

TESES

Devem ser desenvolvidas conforme preceitua o art. 41 do CPP.

> ***Art. 41***. *A denúncia ou* ***queixa*** *conterá a* ***exposição do fato criminoso****, com todas as suas circunstâncias, a* ***qualificação do acusado*** *ou* ***esclarecimentos*** *pelos quais se possa identificá-lo, a* ***classificação do crime*** *e, quando necessário, o* ***rol das testemunhas***.

Nas teses de queixa-crime busca-se a punição do infrator acusador e, consequentemente, a reparação do dano.

Quando o art. 41 do CPP fala em "*circunstâncias"* significa dizer que devemos verificar se há concursos de crimes (arts. 69 a 71, CP), agravante de art. 141 do CP etc.

Também **não esquecer de pedir a rejeição da denúncia**, nos termos do art. 395 do CPP, como exposta.

PEDIDO:

Que seja recebida e processada a queixa-crime para condenar o querelado nos exatos termos do referida queixa-crime.

PECULIARIDADES SOBRE A QUEIXA-CRIME

Rejeição da denúncia ou queixa

Se o **juiz não recebe a denúncia ou a queixa,** cabe RESE (art. 581, I, do CPP). Todavia, SE RECEBE, **não cabe recurso**, mas pode impetrar HC.

CUIDADO!

Se a INFRAÇÃO FOR DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO e a **denúncia** ou **queixa foi rejeitada,** cabe APELAÇÃO, conforme art. 82 da Lei 9.099/95.

MUITA ATENÇÃO!

AGENTE PÚBLICO

Conforme veremos mais adiante, **o agente público dispõe de certas prerrogativas em razão da função pública**. Se o ofendido for servidor público e tratar-se de **crime contra a honra em razão de sua função**, o STF possibilitou a ele **escolher oferecer a representação ou a queixa crime**, conforme a súmula 714.

STF Súmula nº 714 *- É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.*

CASO PRÁTICO

Enunciado

CASO PRÁTICO

Enrico, engenheiro de uma renomada empresa da construção civil, possui um perfil em uma das redes sociais existentes na Internet e o utiliza diariamente para entrar em contato com seus amigos, parentes e colegas de trabalho. Enrico utiliza constantemente as ferramentas da Internet para contatos profissionais e lazer, como o fazem milhares de pessoas no mundo contemporâneo.

No dia 19/04/2014, sábado, Enrico comemora aniversário e planeja, para a ocasião, uma reunião à noite com parentes e amigos para festejar a data em uma famosa churrascaria da cidade de Niterói, no estado do Rio de Janeiro. Na manhã de seu aniversário, resolveu, então, enviar o convite por meio da rede social, publicando postagem alusiva à comemoração em seu perfil pessoal, para todos os seus contatos.

Helena, vizinha e ex-namorada de Enrico, que também possui perfil na referida rede social e está adicionada nos contatos de seu ex, soube, assim, da festa e do motivo da comemoração. Então, de seu computador pessoal, instalado em sua residência, um prédio na praia de Icaraí, em Niterói, publicou na rede social uma mensagem no perfil pessoal de Enrico.

Naquele momento, Helena, com o intuito de ofender o ex-namorado, publicou o seguinte comentário: "não sei o motivo da comemoração, já que Enrico não passa de um idiota, bêbado, irresponsável e sem vergonha!", e, com o propósito de prejudicar Enrico perante seus colegas de trabalho e denegrir sua reputação acrescentou, ainda, "ele trabalha todo dia embriagado! No dia 10 do mês passado, ele cambaleava bêbado pelas ruas do Rio, inclusive, estava tão bêbado no horário do expediente que a empresa em que trabalha teve que chamar uma ambulância para socorrê-lo!".

Imediatamente, Enrico, que estava em seu apartamento e conectado à rede social por meio de seu tablet, recebeu a mensagem e visualizou a publicação com os comentários ofensivos de Helena em seu perfil pessoal.

Enrico, mortificado, não sabia o que dizer aos amigos, em especial a Carlos, Miguel e Ramirez, que estavam ao seu lado naquele instante. Muito envergonhado, Enrico tentou disfarçar o constrangimento sofrido, mas perdeu todo o seu entusiasmo, e a festa comemorativa deixou de ser realizada. No dia seguinte, Enrico procurou a Delegacia de Polícia Especializada em Repressão aos

Crimes de Informática e narrou os fatos à autoridade policial, entregando o conteúdo impresso da mensagem ofensiva e a página da rede social na Internet onde ela poderia ser visualizada. Passados cinco meses da data dos fatos, Enrico procurou seu escritório de advocacia e narrou os fatos acima. Você, na qualidade de advogado de Enrico, deve assisti-lo. Informa-se que a cidade de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, possui Varas Criminais e Juizados Especiais Criminais.

Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija a peça cabível, excluindo a possibilidade de impetração de habeas corpus, sustentando, para tanto, as teses jurídicas pertinentes. (Valor: 5,00 pontos)

A peça deve abranger todos os fundamentos de Direito que possam ser utilizados para dar respaldo à pretensão. **(XV Exame/FGV/2015)**

Gabarito Comentado FGV

O examinando deve redigir uma queixa-crime (ação penal de iniciativa privada, exclusiva ou propriamente dita), com fundamento no Art. 41 do CPP ou no Art. 100, § 2º, do CP, c/c o Art. 30 do CPP, dirigida ao Juizado Especial Criminal de Niterói.

Os crimes contra a honra narrados no enunciado são de menor potencial ofensivo (Art. 61 da Lei n.º 9.099/95).

Não obstante a incidência de causa especial de aumento de pena e do concurso formal, a resposta penal não ultrapassa o patamar de 2 anos.

Ainda em relação à competência, segue o entendimento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, no caso de crime contra a honra praticado por meio da Internet, em redes sociais, ausentes as hipóteses do Art. 109, IV e V, da CRFB/88, sendo as ofensas de caráter exclusivamente pessoal, e a conduta, dirigida a pessoa determinada e não a uma coletividade, afastam-se as hipóteses do dispositivo constitucional e, via de consequência, a competência da Justiça Federal.

No campo do processo penal, como é cediço, o direito de punir pertence ao Estado, que o exerce ordinariamente por meio do Ministério Público. Extraordinariamente, porém, a lei autoriza que o ofendido proponha a ação penal (ação penal privada); nesse caso, o direito de punir não deixa de ser do Estado, que apenas transfere ao particular o exercício do direito de ação, como no caso dos crimes contra a honra (Art. 145, do CP). Nesse sentido, entende-se que a

queixa-crime deve apresentar as condições para o regular exercício do direito de ação.

Como petição inicial de uma ação penal, assim como o é a denúncia, deve conter os mesmos requisitos que esta (Art. 41, do CPP). Como principal diferença, destaca-se que, enquanto a denúncia é subscrita por membro do Ministério Público, a queixa-crime será proposta pelo ofendido ou seu representante legal (querelante), patrocinado por advogado, sendo exigida para esse ato processual capacidade postulatória, de tal sorte que, da procuração, devem constar poderes especiais (Art. 44 do CPP).

O examinando, deveria, assim, redigir a queixa-crime de acordo com o Art. 41 do Código de Processo Penal, observando, necessariamente, os requisitos ali estabelecidos, a saber: "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Quanto à qualificação, deveria o examinando propor a queixa-crime em face da querelada, Helena.

Em relação à estrutura, deveria o examinando, ainda, apresentar breve relato dos fatos descritos no enunciado, com exposição dos fatos criminosos (injúria e difamação) e todas as suas circunstâncias (causa de aumento de pena), bem como a tipificação dos delitos, praticados em concurso formal (artigos 139 e 140, c/c o Art. 141, III, n/f Art. 70, todos do CP).

Ao final o examinando deveria formular os seguintes pedidos:

a) a procedência do pedido, com a consequente condenação da querelada nas penas dos artigos 139 e 140 c/c o Art. 141, III, n/f com o Art. 70, todos do CP;

b) a citação da querelada;

c) a oitiva das testemunhas arroladas;

d) a condenação da querelada ao pagamento das custas e demais despesas processuais; e

e) a fixação de valor mínimo de indenização, nos termos do artigo 387, IV, do CP.

O examinando deveria apresentar o rol de testemunhas (indicando as testemunhas Carlos, Miguel e Ramirez) e datar a peça, observado o prazo decadencial de 6 meses para propositura da queixa-crime (Art. 103 do CP, c/c o Art. 38 do CPP), independentemente da conclusão do inquérito policial, se conhecida a autoria e havendo prova da materialidade, como no caso em comento.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

II) PEÇAS DE REQUERIMENTO

Peças cabíveis:

1ª) instauração de inquérito policial,

2ª) restituição de coisas apreendidas,

3ª) relaxamento da prisão em flagrante,

4ª) revogação da prisão preventiva,

5ª) liberdade provisória com ou sem fiança,

6ª) Revogação de prisão temporária

7ª) habeas corpus e

8ª) mandado de segurança.

1ª) INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Nos crimes de **ação penal pública** (ex.: roubo), quando o **inquérito não for iniciado de ofício** (art. 5º, II, CPP - *princípio da obrigatoriedade*), o **ofendido**(ou seu representante legal), **pode solicitar(requerer) a autoridade policial** que o instaure, conforme prevê o CPP, *in verbis*:

> ***Art. 5º*** *Nos* ***crimes de ação pública*** *o inquérito policial será iniciado:*
>
> *II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a* ***requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo***. (grifo nosso)

Trata-se de um requerimento feito diretamente pelo ofendido ou legitimados, sem a necessidade de assistência de advogado, observado o que dispõe o § 1º do art. 5º:

> ***Art. 5º*** *...*
>
> *§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível:*
>
> *a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;*

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

MUITO CUIDADO!

No caso da prova do OAB, a peça de Instauração de IP deverá ser feita por advogado, no caso o candidato, e **dirigida ao delegado de polícia**.

Em se tratando de **crime de ação penal de iniciativa privada**, o pedido deve ser formulado pela vítima ou por seu representante legal ou, no caso de morte, pelo CADI. (*Requisito necessário para que a autoridade policial possa iniciar o inquérito*).

CPP:

Art. 5º *...*

§ 5º Nos ***crimes de ação privada****, a AUTORIDADE POLICIAL SOMENTE PODERÁ PROCEDER A INQUÉRITO* ***A REQUERIMENTO de quem tenha qualidade para intentá-la****.*

PRAZO:

No ordenamento jurídico brasileiro **não há prazo para requerer a instauração de inquérito policial**. Todavia, em se tratando de crime de iniciativa privada, **o prazo é decadência e de (06) seis meses**, conforme art. 38 do CPP.

E se o **Delegado de Polícia não recebe o pedido**?

Neste caso, o CPP é bastante claro:

CPP:

Art. 5º *...*

§ 2º Do ***despacho que INDEFERIR o requerimento de abertura de inquérito*** *caberá RECURSO PARA O CHEFE DE POLÍCIA.*

FUNDAMENTO LEGAL:

Art. 5º c/c art. 19 do CPP (Incisos I ou II, a depender do caso concreto).

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado do problema fará referência a uma infração penal cuja apuração se dá mediante ação penal pública, a vítima (ofendido) o procurou para ajudá-la como advogado, tendo em vista que a autoridade policial não tomou providência.

PEDIDOS:

Que se proceda a instauração do competente Inquérito Policial para ...(especificar)

MODELO:

Ver no capítulo 7.

2ª) RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

Durante a persecução penal pode ocorrer que alguns instrumentos vinculados ao fato delitivo sejam objeto de apreensão, conforme prevê os arts. 6º, II, e 11 do CPP, vejamos:

> ***Art. 6º*** *Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:*
>
> *II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;*
>
> ***Art. 11****. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.*

Todavia, se tais **objetos apreendidas** não mais interessarem ao processo ou pertençam a terceiros de boa-fé, **devem ser restituídos por ordem da autoridade policial ou do juiz**, por meio de um PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS.

A **restituição de coisa apreendida** consiste em um incidente processual pelo qual se devolve ao proprietário ou a quem tenha legítimo

direito os bens lícitos apreendidos ao longo de um inquérito ou de um processo criminal.

O art. 118 do CPP dispõe que *"Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo."*

A contra senso, conclui-se que, se tais objetos não mais interessam ao processo ou trata-se de coisas que pertençam a terceiro de boa-fé ou pessoa lesada (art. 119), as coisas devem ser restituídas.

> ***Art. 119.*** *As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final,* ***SALVO se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé****.*

VEDAÇÃO EXPRESSA À RESTITUIÇÃO DE COISAS

Há situações em que os objetos apreendidos não podem ser restituídos de imediato:

a) que **ainda interessar ao processo** (art. 118, CPP). Ex.: arma não periciada;

b) dos **instrumentos do crime**, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 119 do CPP c/c art. 91, II "a", CP); e

c) do **produto do crime** ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. (art. 119 c/c art. 91, II "c", CP).

Assim, se a coisa apreendida não se enquadra nas hipóteses da vedação acima, o dono pode pedir a restituição, conforme prevê o art. 120 do CPP, *in verbis:*

> ***Art. 120****. A restituição, quando cabível,* ***poderá ser ordenada pela autoridade policial*** *ou* ***juiz****, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.*

Contra ato denegatório de restituição de coisa apreendida pelo juiz caberá recurso de APELAÇÃO**,** nos termos do art. 593, III, do CPP. Se for negado pela **autoridade policial**, cabe MANDADO DE SEGURANÇA.

LEGITIMADOS:

Podem fazer o pedido o legítimo proprietário do bem e o terceiro de boa-fé.

FUNDAMENTO LEGAL:

Arts. 118 e 124 do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O problema dirá que um bem que não mais interessa ao processo ou que pertença a um terceiro de boa-fé, encontra-se apreendido e que o candidato, como advogado do dono do objeto, deve tomar as providências necessárias para reaver o referido bem.

COMPETÊNCIA:

A peça deve ser **direcionada:**

=>ao **delegado** (quando não houver dúvida de quem seja o legítimo proprietário e se o processo ainda não foi enviado ao juiz) ou

=>ao **juiz** (quando houver dúvida de quem seja, ou a coisa é encontrada em poder de terceiro de boa-fé).

TESES:

Demonstrar os motivos pelos quais a permanência da apreensão dos bens já não interessa para a apuração dos fatos, bem como já foi realizada perícia (se for o caso), trata-se de objeto de uso lícito etc (conforme o caso apresentado pela banca).

PEDIDOS:

Que seja deferido o pedido e, após manifestação do MP, determine-se a restituição do(s) bem(ns) descritos, nos termos do art. 120 do CPP.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

3ª) RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE ILEGAL

Não se pode falar em prisão sem antes esclarecermos o que seja **prisão**, quais as espécies de prisão e o que as diferencia das demais **medidas cautelares**.

Medida cautelar pode ser entendida como *um procedimento intentado para prevenir, conservar ou defender direitos*.

A medida cautelar *será preventiva*, quando pedida e autorizada antes da propositura do processo principal.

A medida cautelar *será incidental* quando requerida durante o curso da ação principal.

As medidas cautelares estão divididas em:

1) **pessoais:** cautelares prisionais(prisão para fins de extradição, prisão temporária, prisão preventiva, prisão em flagrante) e medidas cautelares diversas da prisão;
2) **probatórias**, relacionadas às provas para efeito penal (interceptação telefônica, busca e apreensão, afastamento de sigilo etc)
3) **assecuratórias patrimoniais**(ou **reais),** indicadas para a reparação do dano. Ex.: sequestro);

PRISÃO

Fernando da Costa Tourinho Filho (2016), apresenta um conceito bastante objetivo de **prisão**,

> *"A supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória"*

Deve-se esclarecer que há dois **tipos de prisão:**

1) Prisão-Pena (ou definitiva): consiste no cumprimento da pena privativa de liberdade, legitimada pelo art. 5º, LXVI, "a", da CF/88. Decretada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

1) Prisão Cautelar(ou processual, provisória, prisão sem pena): é uma das espécies de medida cautelar decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e visa assegurar a eficácia da investigação ou do processo, garantindo a sua instrumentalidade. É

medida excepcional, onde não é analisada a culpabilidade do agente, mas, sim, a sua periculosidade.

ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

A CF/88, em seu art. 5º, LVII, preceitua que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Portanto, se não há sentença condenatória com trânsito em julgado, presume-se que o acusado é inocente (**princípio da presunção de inocência**), não podendo ser preso. Esta é a regra.

Todavia, em situações excepcionalíssimas, é possível decretação da prisão do acusado, mesmo considerado inocente. São as denominadas **prisões cautelares**. Quais sejam:

a) prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP);

b) prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP);

c) prisão temporária (Lei nº 7.960/89);

d) prisão domiciliar (Arts. 318 e 318-A do CPP)

Feitas essas breves considerações, passaremos a analisar cada uma dessas espécies de prisões e como combatê-las quando decretadas.

RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Pois, bem! **Ao receber o auto de prisão em flagrante**, o juiz o analisa e em seguida deve adotar uma das três providências prevista no art. 310 do CPP. Vejamos.

> ***Art. 310***. ***Após receber o auto de prisão em flagrante***, *no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão*, *o* ***juiz deverá promover audiência de custódia*** *com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o* ***juiz deverá, fundamentadamente****: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *I -* ***relaxar a prisão ilegal****; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *II -* ***converter a prisão em flagrante em preventiva,*** *quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *III -* ***conceder liberdade provisória****, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).* **(Grifamos)**

No caso do **inciso I**, sendo a **prisão ilegal**, o juiz expede alvará de soltura em favor do acusado preso.

Já no caso do **inciso II**, para que seja **convertida a prisão em flagrante em preventiva,** o juiz deve, obrigatoriamente, analisar os requisitos constantes do arts. 312 e 313 do CPP, conforme veremos mais adiante.

Por último, no **inciso III**, há a possibilidade de o juiz **conceder liberdade provisória**, com ou sem fiança, conforme prevê o art. 321 do CPP.

A respeito da liberdade provisória, este assunto será analisado mais adiante.

CABIMENTO DO RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Tratando-se de **prisão for ilegal**, o juiz deve imediatamente **relaxá-la**, por expressa previsão legal da CF/88 e do CPP, *in verbis:*

> ***CF/88:***
>
> ***Art. 5º....***
>
> *LXV - a **prisão ilegal** será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;*
>
> ***CPP:***
>
> ***Art. 310.***
>
> *(..)*
>
> *§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, **a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea** **ensejará também a ilegalidade da prisão**, **a ser relaxada pela autoridade competente**, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.* *(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Portanto, **prisão em flagrante** realizada de forma **ILEGAL**, a peça cabível será **relaxamento da prisão em flagrante**.

Deve-se observar que um dos motivos que tornam a prisão ilegal é a não realização a audiência de custódia no prazo legal.

Cabe ressalvar que **prisão em flagrante ilegal** é aquela que pode apresentar duas espécies de vícios:

1. **Vício material:** quando não há configuração da situação de flagrante prevista no art.302 do CPP.

> ***Art. 302.*** *Considera-se em flagrante delito quem:*
>
> *I - está cometendo a infração penal;*
>
> *II - acaba de cometê-la;*
>
> *III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*
>
> *IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

2. **Vício formal**: quando ocorre irregularidade na confecção do auto de prisão em flagrante, ou seja, foi realizado em desconformidade com as determinações dos arts. 304 a 310 do CPP.

Hipóteses mais comuns em que a prisão se torna ilegal

(Com destaque em **negrito** para as mais prováveis de serem cobradas pela banca):

- ✓ **Flagrantes ilegais (preparado e forjado)**
- ✓ **Não realização de audiência de custódia no prazo legal.**
- ✓ **Ausência do encaminhamento do APF ao juiz**
- ✓ **Irregularidade na lavratura do auto de prisão em flagrante** (art. 306 do CPP)
- ✓ Ausência da situação de flagrante (art. 302 do CPP)
- ✓ Excesso de prazo
- ✓ Uso arbitrário de algemas
- ✓ Atipicidade da conduta (Ex.: furto de uso)

Pessoas que NÃO podem ser presas em flagrante:

- ✓ Acusado que se apresenta espontaneamente (art. 302 do CPP)
- ✓ Usuário de Drogas (para consumo pessoal – arts. 28 e 48, § 2º, da Lei 11.343/06)
- ✓ Autor de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 69, § único, da Lei 9.099/95) => Lavra-se apenas TCO.
- ✓ Autor de acidente de trânsito que preste socorro à vítima (art. 301 da Lei 9.503/97)

- ✓ Menor de Idade (arts. 171 e seguintes da Lei 8.069/90)
- ✓ Presidente da República (art. 86, § 3º, da CF)
- ✓ Diplomatas Estrangeiros (imunidade diplomática)

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA:

Art. 5º, LXV, da CF c/c art. 310, I, do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

O enunciado da questão fará referência a uma prisão em flagrante em desacordo com os arts. 301 a 310 do CPP, portanto, trata-se de uma prisão ilegal.

Assim, é imprescindível que se conheça as **espécies de flagrantes**.

FLAGRANTE PREPARADO (ou **provocado** ou **delito putativo**): ocorre quando o agente é instigado a cometer o delito para então ser preso no momento em que está a praticar o crime a que foi induzido.

Neste sentido é a súmula 145 do STF:

Súmula 145*: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*

Portanto, o **flagrante preparado** torna o crime impossível de se consumar e, caso tenha havida prisão em flagrantes nessas circunstâncias, ela é ilegal e deve ser relaxada.

FLAGRANTE FORJADO: é o que foi inventado, armado para incriminar alguém pela prática de um delito. Ex.: Empregador que insere objetos entre os pertences do empregado, acionando a polícia para prendê-lo em flagrante pelo furto, para com isso demiti-lo por justa causa.

Os ***FLAGRANTES PRÓPRIO*** (art. 320, I, II), ***impróprio*** (art. 302, III) ou ***presumido*** (art. 302, IV), por si sós não caracterizam prisão ilegal.

Vejamos a redação do art. 302 do CCP e do art. 301 do CTB.

CPP:

Art. 302. ***Considera-se em flagrante delito*** *quem:*

I - ***está cometendo*** *a infração penal;*

II - ***acaba de cometê-la****;*

> ***III - é perseguido****, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*
>
> ***IV - é encontrado****, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*
>
> **CTB:**
>
> ***Art. 301****. Ao* ***condutor de veículo,*** *nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, NÃO SE IMPORÁ A PRISÃO EM FLAGRANTE, nem se exigirá fiança,* **se prestar pronto e integral socorro àquela.** (grifo nosso)

PRESTE MUITA ATENÇÃO:

O candidato só deve fazer a peça de relaxamento de prisão em flagrante se o problema descrever hipótese em que alguém foi preso em flagrante e que **não houve encaminhamento do Auto de Prisão em Flagrante** ao juiz, **tampouco audiência de custódia**.

Também pode ocorrer que banca deixe claro que o **acusado não estava presenta na hora da realização da audiência** e que a audiência foi presencial. Como a banca trabalha a literalidade da letra da lei, é possível, na prova da OAB, questionar a ilegalidade, caso a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva, já que o art. 310 do CPP é bem claro quanto à necessidade da presença do acusado na audiência de custódia.

COMPETÊNCIA:

A peça dever ser direcionada ao juiz competente para apreciar o feito, o que vai depender do tipo de infração praticada. Assim, temos:

- ✓ **Crime de competência da Justiça Estadual**: juiz da vara criminal da comarca de ...
- ✓ **Crime de competência da justiça federal**: juiz da vara criminal da Justiça Federal da seção judiciária de...
- ✓ **Infração de menor potencial ofensivo**: Juiz dos Juizados Especiais Criminais da Comarca de...

TESES:

Demonstrar que não há ocorrência das hipóteses de flagrância do arts. 302 a 310 do CPP.

DICA: As teses na peça de Relaxamento da Prisão em Flagrante devem se limitam à falta de justa causa para a prisão, ou seja, irregularidades processuais.

PEDIDOS:

Que seja deferido o pedido de relaxamento da prisão em flagrante, para que se expeça o respectivo alvará de soltura em favor do requerente, como medida de justiça.

CASO PRÁTICO:

CASO PRÁTICO

Na data de ontem, por volta das 22 horas, Romualdo encontrava-se no interior de sua residência, quando ouviu um barulho no quintal. Munido de um revólver, abriu a janela de sua casa e percebeu que uma pessoa, que não pôde identificar devido à escuridão, caminhava dentro dos limites de sua propriedade. Considerando tratar-se de um ladrão, desferiu três tiros que acabaram atingindo a vítima em região letal, causando sua morte. Ao sair do interior de sua residência, Romualdo constatou que havia matado um adolescente que lá havia entrado por motivos que fogem ao seu conhecimento. Imediatamente, Romualdo dirigiu-se à Delegacia de Polícia mais próxima, onde comunicou o ocorrido. O Delegado plantonista, ***após ouvir os fatos, prendeu-o em flagrante*** *pelo crime de homicídio. Como advogado, elabore a medida cabível, visando a libertação de Romualdo. (OAB/SP – 105º Exame de Ordem)*

RESOLUÇÃO DO CASO PRÁTICO

Primeiramente cabe ressaltar que, na vida prática, após o juiz receber APF e transformar a prisão em flagrante em prisão preventiva, há entendimento que não mais cabe pedido de relaxamento da prisão ilegal. Vejamos.

Superação da ilegalidade do flagrante:

"Decretada a prisão preventiva, fica superada eventual ilegalidade do flagrante, principalmente como no caso, em que já foi proferida até sentença condenatória, em que se negou ao acusado o direito de recorrer em liberdade. Não há falar, portanto, em relaxamento do flagrante ao argumento de que a situação do acusado não se enquadraria nas hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. Precedentes." (STJ, HC

231118/TO, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 17/10/2013).

Entretanto, como na prova da OAB a ideia é avaliar o candidato, certamente vai constar um caso com erro que, dificilmente um delegado de polícia ou juiz cometeria.

Não estamos afirmando que não cabe, é apenas entendimento jurisprudencial.

Feita em observação, vamos à resolução do caso apresentado.

No presente caso, ROMUALDO não poderia ser preso em flagrante haja vista a ausência dos requisitos previstos no art. 302 do CPP, já que ele se apresentou espontaneamente à autoridade policial. Portanto, trata-se de **prisão ilegal**, devendo ser relaxada, conforme prevê o art. 5º, LXV, da Constituição Federal.

Irregularidade na lavratura do auto de prisão em flagrante

Agora imagine a seguinte situação:

> *Roberval é preso em flagrante logo após subtrair, mediante violência, a bolsa de Minerva. Levado à delegacia, Roberval foi interrogado e, **passados mais 26 horas**, a prisão ainda não havia sido comunicado nem ao juiz, MP e nem à sua família, sendo que, tanto o auto de prisão em flagrante, como a nota de culpa só foram entregue três dias após a realização da prisão.*

A prisão de Roberval foi legal, pois ele realmente praticou o delito. Entretanto, o fato deveria ser comunicado imediatamente tanto ao juiz competente, como ao MP e à família de Roberval e o auto de prisão em flagrante e a nota de culpa deveriam ser entregues até 24 horas após a realização da prisão. Como isso não foi feito, a prisão tornou-se ilegal e, portanto, deve ser relaxada.

Vejamos a redação do CPP:

> ***Art. 306.*** *A **prisão de qualquer pessoa e o local** onde se encontre **serão comunicados IMEDIATAMENTE** ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *§ 1º Em **até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão**, **será encaminhado ao juiz competente o AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE** e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*
>
> *§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a **NOTA DE CULPA**, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.* (**grifamos**)

MUITA ATENÇAO => *INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO*

CUIDADO, pois se a **infração for de menor potencial ofensivo** (art. 61 da Lei 9.099/95), **NÃO SE DEVE LAVRAR O AUTOR DE PRISÃO EM FLAGRANTE** e sim Termo Circunstancial de Ocorrência - TCO (art. 69, p. único, da Lei. 9.099/95), devendo a autoridade conduzir o autor do fato e a vítima ao juizado especial criminal.

*"Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, **for imediatamente encaminhado ao juizado** OU **assumir o compromisso de a ele comparecer**, NÃO SE IMPORÁ PRISÃO EM FLAGRANTE, nem se exigirá fiança".* (Art. 61 da Lei 9.099/95).

Requisitos: Veja que **há dois requisitos para que não se faça a lavratura do auto: 1º**) encaminhamento imediato do acusado ao juizado e **2º**) compromisso, pelo autor, de comparecer ao juiz. Caso o autor não seja encaminhado ao juiz ou não compareça, é possível a lavratura do auto de prisão em flagrante.

RECURSO CABÍVEL CONTRA PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA PELO JUIZ

***CPP: Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito**, da decisão, despacho ou sentença:*

(...)

*V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou **relaxar a prisão em flagrante**;*

Contra sentença que relaxa prisão em flagrante cabe **RESE.** Entretanto, se **foi indeferido**, cabe HC nos termos do art. 647 do CPP.

***Art. 647.** Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.*

MODELO:

Ver no capítulo 7.

4ª) REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O pedido de revogação da prisão preventiva é cabível na hipótese da pessoa está presa por força de decisão que decretou a prisão preventiva.

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, de natureza processual, consistente na medida restritiva de liberdade, a qual pode ser decretada pelo juiz nos termos do art. 311 do CPP.

E como se dá a prisão preventiva? Vejamos.

O juiz recebeu o auto de prisão em flagrante, verificou que a **prisão é legal** e constatou que estão presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, **converter-lhe-á em prisão preventiva**.

REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Quanto aos requisitos que autorizam a decretação da preventiva, o CPP assim dispõe:

> ***Art. 312***. *A prisão preventiva poderá ser decretada como* ***garantia da ordem pública***, ***da ordem econômica***, ***por conveniência da instrução criminal*** *ou* ***para assegurar a aplicação da lei penal***, *quando houver* ***prova da existência do crime*** *e* ***indício suficiente de autoria*** *e de* ***perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado***. *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019 existia quatro requisitos para a decretação da PP, quais sejam:

1º garantia da ordem pública,

2º da ordem econômica,

3º por conveniência da instrução criminal ou

4º para assegurar a aplicação da lei penal.

Com a edição da lei do pacote anticrime foram acrescentados mais três requisitos:

5º prova da existência do crime

6º indício suficiente de autoria

7º perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Em breve síntese, vejamos o fundamento de cada um desses pressupostos previstos no art. 312, ressaltando que a Lei nº 13.964/2019

(novo Pacote Anticrime**)** introduziu algumas modificações, como já dissemos.

1) ***Garantia da ordem pública*** – Se justifica, conforme NUCCI, quando houver "*gravidade concreta da infração, repercussão social do delito e periculosidade do agente"*

2) ***Garantia da ordem econômica***: refere-se aos crimes de *colarinho branco*

3) ***Conveniência da instrução criminal:*** fundamenta-se no fato de que o acusado pode destruir provas, ameaçar testemunhas etc

4) ***Assegurar a aplicação da lei penal****:* tem como justificativa impedir a fuga do acusado

5) ***prova da existência do crime***: Ex.: exame de corpo de delito, prova testemunhal

6) ***indício suficiente de autoria***: é imprescindível a prova da materialidade e da autoria para que a prisão seja decretada.

7) ***perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado***: O perigo deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar a prisão. A simples dúvida de que se a liberdade do acusado colocaria em risco a vida da vítima não se justifica. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis.*

REQUISITOS ESPECÍFICOS

Também é possível a decretação da prisão preventiva nas hipóteses do art. 313 do CPP.

> ***Art. 313.*** *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *I - nos* ***crimes dolosos*** *punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *II -* ***se tiver sido condenado por outro crime doloso****, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *III -* ***se o crime envolver violência doméstica e familiar*** *contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

> *IV - (revogado).* *(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *§ 1º* ***Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la****, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Deve-se observar que, no caso do §1º, redação dada pela Lei 13.964/2019, "o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida".

OUTRAS HIPOTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Registra-se que a prisão preventiva ainda tem cabimento nas hipóteses previstas no § 1º do art. 312 do CPP, caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas como alternativas a prisão.

> ***Art. 312****.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º A PRISÃO PREVENTIVA* ***também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*** *(art. 282, § 4º).* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> ***Art. 282****.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º No caso de* ***descumprimento de qualquer das obrigações impostas****, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante,* ***poderá*** *substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso,* ***decretar a prisão preventiva****, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O art. 312 do CPP autoriza ao juiz conceder liberdade provisória quando ausentes os requisitos do art. 312, desde que, se necessário, determine ao acusado cumprir alguma(s) medida(s) cautelar(es).

Todavia, descumprida qualquer uma das medidas impostas, a prisão preventiva **poderá,** em último caso, ser decretada. Entretanto, para que o juiz decrete a prisão preventiva, há a necessidade de requerimento do MP, do assistente ou do querelante (ofendido), além de analisar a possibilidade

de substituição da medida por outra ou impor mais um, para só então decretar a prisão.

FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

No cotidiano forense dificilmente um juiz vai decretar a pressão preventiva sem está devidamente motivada e fundamentada. Entretanto, a prova da OAB, como já frisamos, visar avaliar se o candidato possui o mínimo de conhecimento pra atuar na vida pratica e, portanto, pode ocorrer da banca trazer uma questões em que deixa claro que o juiz decretou a prisão e até fundamentou sua decisão, mas a fez de modo genérico.

Com a redação da Lei 13.964/201, qualquer decisão judicial a respeito da prisão preventiva **necessariamente precisar ser fundamentada e motivada** com base em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos (art. 312, §2°, e 315).

> ***Art. 312.***
>
> *(...)*
>
> *§ 2º* ***A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada*** *em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.* *(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 315.*** *A decisão que decretar,* ***substituir ou denegar*** *a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *1º "Na* ***motivação*** *da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar,* ***o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos*** *que justifiquem a aplicação da medida adotada".*
>
> *§ 2º* ***Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial****, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*
>
> *I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida;*
>
> *II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*
>
> *III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

> *IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão do julgador.*
>
> *V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*
>
> *VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Nas palavras do ministro do STJ, Sebastião Reis, "Importante salientar que, com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão cautelar passou a ser, mais ainda, a mais excepcional das medidas, devendo ser aplicada somente quando comprovada a inequívoca necessidade, devendo-se sempre verificar se existem medidas alternativas à prisão adequadas ao caso concreto".

Com a edição da nova Lei nº 13.964, de 2019, a justificativas como "*garantia da ordem pública", "gravidade do delito"*, "*conveniência da instrução criminal"* ou "*perigo gerado pelo estado de liberdade"* passaram ser conceitos vagos, não mais justificando a decretação da prisão preventiva.

Portanto, a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada **em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada**, não podendo a decisão que decretar utilizar-se mais apenas de termos como *perigo à ordem pública*, devendo haver, portanto, apontamentos relacionados ao mundo dos fatos, ou seja, elementos concretos .

Por fim, deve-se observar que, sempre que a decisão for carente de fundamentação, **correrá nulidade**.

FASES EM QUE É CABÍVEL A PRISÃO PREVENTIVA

Conforme prevê o art. 311 do CPP, a prisão preventiva **é cabível tanto em fase de inquérito**, **como na fase processual**.

> ***Art. 311.*** *Em qualquer* ***fase da investigação policial*** *ou* ***do processo penal****, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO E HIPÓTESES DE CABIMENTO

Pela regra geral trazida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote anticrime), **o juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício**, seja durante o curso da investigação, seja durante o curso da ação penal, exigindo prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, como preconiza o art.311 do CPP.

Cabe ressaltar que a Lei 13.964/2019 suprimiu a expressão "de ofício" do art. 311, do CPP. Com a alteração, o magistrado somente poderá decretar a prisão preventiva em quatro hipóteses:

1- Requerimento do Ministério Público;

2- Requerimento do querelante;

3- Requerimento do assistente;

4- Representação da autoridade policial.

Entretanto, deve-se observar que o juiz **poderá** decretar a prisão preventiva, **mesmo sem requerimento** do MP ou representação da autoridade, atendidos três **pressupostos**:

a) decretação inicial após ser solicitado pelo MP ou delegado;

b) revogação posterior por falta de motivo para mantê-la; e,

c) o investigado/réu que estava solto dá motivos para que a preventiva seja de novo decretada.

Assim, preenchidos esses requisitos, o juiz poderia decretar de novo a prisão preventiva independente de pedido das partes (art. 316, CPP).

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO

O art. 316 do CPP dispõe que:

> ***Art. 316.*** *O juiz poderá,* ***de ofício*** *ou a pedido das partes,* ***revogar a prisão preventiva*** *se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Assim, caso se verifique que a **prisão preventiva não tenha motivo para subsistir**, o juiz PODERÁ **revogá-la** ou **substituir** por uma das **medidas previstas no art. 319** do CPP ou ainda substituí-la por **prisão domiciliar**, conforme prevê o art. 318 do CPP.

SITUAÇÕES EM O JUIZ JAMAIS PODE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA

Quanto à **impossibilidade de decretação da preventiva,** o CPP especifica algumas situações em que não será possível sua decretação. Vejamos.

> ***Art. 313.***
>
> *(...)*
>
> *§ 2º* ***Não será admitida*** *a* ***decretação da prisão preventiva*** *com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 282.***
>
> *(...)*
>
> *§ 6º* ***A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar****, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 314.*** *A* ***prisão preventiva em nenhum caso será decretada*** *se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do* ***art. 23*** *do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal****.*** *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> ***CP: Art. 23*** *- Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *I - em estado de necessidade;*
>
> *II - em legítima defesa;*
>
> *III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

Portanto, a **PRISÃO PREVENTIVA é medida excepcional**, cabível somente por ordem judicial devidamente fundamentada se preenchidos os pressupostos e requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, **devendo ser revogada se desaparecem os motivos que lhe deram suporte**, por ser vedada a execução antecipada da pena.

CABIMENTO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar é uma espécie de prisão preventiva que pode ser decretada pelo juiz se presente os requisitos desta, conforme arts. 318 e 318-A do CPP.

Sempre que a **prisão em flagrante for convertida em prisão preventiva** deve-se imediatamente **verificar os arts. 312 e 313 do CPP** para ver se estão preenchidos os requisitos que autorizam a sua conversão. Caso contrário, a prisão deve ser revogada, JAMAIS convertida em prisão preventiva.

Ocorre que na prática, na maioria das vezes, principalmente nas audiências de custódia, os juízes, após ouvir o representante do Ministério Público, acabam convertendo a prisão em flagrante em preventiva.

Portanto, convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, a defesas deve fazer o pedido de revogação da prisão preventiva, com fundamento nos art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal e Art. 316 do CPP.

> ***CF/88:***
>
> *Art. 5º*
>
> *(...)*
>
> *LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;*
>
> ***CPP:***
>
> ***Art. 316.*** *O juiz poderá, de ofício ou* ***a pedido das partes****,* ***revogar a prisão preventiva*** *se, no correr da investigação ou do processo,* ***verificar a falta de motivo para que ela subsista,*** *bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Embora o inciso LXVI, art. 5º da Constituição Federal fale em liberdade provisória, por analogia se aplica à prisão preventiva.

Quanto ao art. 316, perceba que ele bastante claro ao estabelecer que o pedido de revogação pode ser feito pelas partes desde que verificada a falte da motivos para que tal prisão subsista.

É claro que, se a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, quem tem que demonstrar a ausência dos requisitos que autorizam a conversão é a defesa.

Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

Uma novidade trazida pela Lei 12.403/2011 e ampliada pela Lei 13.769/2018 foi a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para um grupos de pessoas com caraterísticas especiais. Vejamos a redação do art. 318 do CPP.

> ***Art. 318***. *PODERÁ o juiz* ***substituir a prisão preventiva pela domiciliar*** *quando o agente for:* *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *I -* ***maior de 80*** *(oitenta) anos;* *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *II - extremamente* ***debilitado*** *por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *III - imprescindível aos* ***cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos*** *de idade ou com deficiência;* *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *IV -* ***gestante****; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*
>
> *V -* ***mulher com filho de até 12 (doze) anos*** *de idade incompletos;* *(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*
>
> *VI - homem, caso seja o* ***único responsável pelos cuidados do filho*** *de até 12 (doze) anos de idade incompletos.* *(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*
>
> *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.* *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> ***Art. 318-A.*** *A prisão preventiva* ***imposta à mulher gestante*** *ou que for* ***mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência*** *será* ***substituída por prisão domiciliar****, desde que:* *(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*
>
> *I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;* *(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*
>
> *II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.* *(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*
>
> ***Art. 318-B****. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.* *(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*

A Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar pelo juiz é uma faculdade e não um deve, razão pela qual, em alguns casos o "benefício" da prisão domiciliar ainda é negado, exigindo a atuação da defesa do(a) acusado(a).

Caso o **pedido** de revogação da prisão preventiva seja **indeferido**, cabe RESE (art. 581, V, do CPP).

FUNDAMENTO LEGAL:

Revogação da prisão preventiva: art. 316

Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar: arts. 318 e 318-A

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O problema dirá que o juiz recebeu o auto de prisão em flagrante e converteu prisão em flagrante em prisão preventiva.

PRAZO:

Não há prazo estabelecido, devendo a revogação ser requerida sempre que desaparecerem os motivos que autorizam a prisão.

COMPETÊNCIA:

A peça deve ser dirigida ao juiz de 1º grau.

TESES:

Demonstrar a inexistência do *fumus boni iuris* e *periculum libertatis* (arts. 312, 313, 314 e 316 do CPP).

PEDIDOS:

O reconhecimento da(s) ilegalidade(s) apontada(s), revogando a prisão preventiva, nos termos do art. 316, ou 318 e 31-A, do CPP, expedindo-se o competente alvará de soltura.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

5ª) LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

A Liberdade Provisória é **cabível contra a prisão em flagrante realizada de forma legal, porém desnecessária**, ou seja, que não preenche os **requisitos autorizativos da preventiva** previstos nos art. 312 e 313 do CPP.

> ***Art. 312.*** *A prisão preventiva poderá ser decretada* ***como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal****, QUANDO houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada* ***em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*** *(art. 282, § 4º).* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(..)*
>
> ***Art. 313****. Nos termos do art. 312 deste Código,* ***será admitida a decretação da prisão preventiva****:* *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).* (Grifamos)
>
> *I - nos* ***crimes dolosos*** *punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *II - se tiver sido* ***condenado por outro crime doloso****, em sentença transitada em julgado, RESSALVADO o disposto no inciso I do caput do art. 64*[7] *do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *III - se o crime* ***envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência****, PARA garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).* (Grifo nosso)

[7] **CP:** ***Art. 64*** *- Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;*

Seja qual for o crime, se ausentes os requisitos da prisão preventiva, **o juiz DEVE**, ou seja, está obrigado, desde que fundamente, **a conceder a liberdade provisória**, conforme determina o Art. 321, CPP.

Ocorre que, na maioria das vezes o juiz não adota esse procedimento, preferindo optar por decretar a prisão.

CABIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

A Carta Magna de 1988 estabelece em seu art. 5º, incisos LVII e LXVI, que:

> *LVII - ninguém será considerado culpado **até o transito em julgado** da sentença penal condenatória.*
>
> *LXVI **ninguém será levado a prisão ou nela mantida quando a lei admitir a liberdade provisória**, com ou sem fiança.* (grifamos)

Por sua vez, o CPP determina nos arts. 310, 321, 313, §§ 1º e 2º, e 314 que:

> ***Art. 310.** Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, **o juiz deverá, fundamentadamente:** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> *III - **Conceder liberdade provisória**, com ou sem fiança.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que **o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**, poderá, fundamentadamente, **conceder ao acusado liberdade provisória**, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.* (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 321**. **Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva**, **o juiz deverá conceder liberdade provisória**, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319*

deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (grifo nosso)

(...)

Art. 313.

(...)

§ 1º Também ***será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la****, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

§ 2º ***Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia****. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

(..)

Art. 314. *A* ***prisão preventiva em nenhum caso será decretada*** *se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.* *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

Perceba que **a regra é a liberdade**, devendo a prisão ser efetuada somente quando houver o preenchimento dos requisitos necessários que a autorizem.

QUANDO O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA COMPORTA FIANÇA?

Deve-se elaborar a peça com pedido de fiança ou sem fiança?

Para sanar esta dúvida, vejamos o que diz o Art. 319 do CPP:

Art. 319*. São medidas cautelares diversas da prisão:* *Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

(...)

VIII - ***fiança****, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;* *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*

Portanto, a fiança é uma das medidas cautelares diversa da prisão, sendo vedada nos hipóteses dos arts. 323 e 324 do CPP.

Em **regra**, todos os crimes são afiançáveis. Então devemos ver a **Exceção**. O CPP, em seu art. 323, com redação dada pela Lei 12.403/2011, dispõe que:

> ***Art. 323. Não será concedida fiança****:*
>
> *I - nos crimes de **RACISMO**;*
>
> *II - nos crimes de **TORTURA**, **TRÁFICO** ilícito de entorpecentes e drogas afins, **TERRORISMO** e nos definidos como **CRIMES HEDIONDOS**;*
>
> *III - nos crimes **COMETIDOS POR GRUPOS ARMADOS**, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.* (grifamos)

Ressalta-se que tais proibições já estavam previstas no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF. Vejamos.

> *XLII - a prática do **racismo constitui crime inafiançável** e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*
>
> *XLIII - a **lei considerará crimes inafiançáveis** e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura**, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o **terrorismo** e os definidos como **crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*
>
> *XLIV - constitui **crime inafiançável** e imprescritível a ação de **grupos armados**, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;* (grifamos)

Quanto aos **crimes hediondos**, preconiza a Lei nº 8.072/90:

> ***Art. 1º** São considerados **HEDIONDOS** os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **consumados ou tentados**:*
>
> *I - **homicídio** (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *I-A – **lesão corporal dolosa de natureza gravíssima** (art. 129, § 2º) e **lesão corporal seguida de morte** (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da*

Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

*II - **roubo**: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*III - **extorsão qualificada** pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*IV - **extorsão mediante sequestro** e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)*

*V - **estupro** (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*VI - **estupro de vulnerável** (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*VII - **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)*

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

*VII-B - **falsificação, corrupção, adulteração** ou **alteração** de **produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)*

*VIII - **favorecimento da prostituição** ou de **outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável** (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)*

*IX - **furto qualificado** pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

*I - o crime de **genocídio**, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

> *II - o crime de **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido**, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *III - o crime de **comércio ilegal de armas de fogo**, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *IV - o crime de **tráfico internacional de arma de fogo**, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *V - o crime de **organização criminosa**, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

OUTRAS SITUAÇÕES EM QUE NÃO CABE FIANÇA

Além das hipóteses do art. art. 323, há ainda outras proibições previstas no art. 343 do diploma processual penal.

> ***Art. 324**. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *I - aos que, no mesmo processo, tiverem **quebrado fiança** anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;*
>
> *II - em caso de **prisão civil ou militar**;*
>
> *III - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *IV - quando presentes os **motivos que autorizam** a decretação da **prisão preventiva** (**art. 312**).*

Destarte, se o **crime praticado pelo acusado não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 323 e 324 do CPP**, **deve pedir a fiança**.

Todavia, caso esteja claro que o acusado praticou o crime em consonância com uma das hipóteses acima elencadas, o pedido não comporta fiança. Isso não significa dizer que não cabe pedido de liberdade provisória nesses tipos de delitos.

Cabe aqui esclarecer que tendo em vista a inafiançabilidade estabelecida pela Carta Magna/88, algumas leis específicas vedam a concessão da liberdade provisória.

Entretanto, conforme esclarece Luciana Bottosso(Online), o Supremo STF, em reiteradas decisões, vem declarando a inconstitucionalidade da vedação *ex lege* da liberdade provisória sem a análise de cada caso

concreto, considerando o entendimento de que o mencionado livramento é um direito subjetivo do acusado, não podendo a legislação infraconstitucional impor vedação absoluta ao direito de liberdade.

Entretanto, permanece o entendimento de que só se pode vedar a restrição da liberdade se um acusado oferecer objetivamente razão para isso, não havendo motivos para uma categoria fixa de vedação.

Assim, desde que inexistentes os requisitos autorizativos para a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória pode ser concedida a delitos de natureza grave sem a necessidade de pagamento de fiança.

FUNDAMENTO LEGAL:

Art. 5º, LXVI, da CF c/c arts. 310, III, 321 e 350 do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O problema apresentado pela banca deixará claro que o acusado foi preso em flagrante, todavia tem bons antecedentes, é primário, tem residência fixas etc. Ou seja, **não estão presentes os requisitos que autorizem a conversão em prisão preventiva** (art. 321 do CPP).

PRAZO:

Não há prazo estabelecido, o pedido pode ser realizado em qualquer momento processual, até mesmo após o trânsito em julgado.

TESES DE DEFESA:

Demostrar a ausência dos requisitos previstos no arts. 312, 313 e Art. 282 e ainda os arts. 314 e 315, ambos do CPP, para que a acusado seja solto.

PEDIDOS:

Que seja deferido o pedido e expedido alvará de soltura.

Contra **decisão que concede** liberdade provisória **cabe RESE** (art. 581, V, do CPP).

DICAS FINAIS:

Se o problema apresentado pela banca **fizer referência a um caso em que alguém foi preso em flagrante**, o candidato, como advogado do preso, terá apenas um objetivo: conseguir com que ele seja solto.

Destarte, temos que:

Se a **prisão for ilegal** => RELAXAMENTO DA PRISÃO, endereçado ao juiz, com a tese de prisão ilegal.

Se a **prisão for legal** => CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, endereçado ao juiz, com a tese de ausência dos requisitos da prisão preventiva (arts. 312/313).

Em ambos os casos, o **pedido** será o mesmo: a LIBERDADE com consequente **expedição de alvará de soltura**.

CASO PRÁTICO:

Vejamos **como este assunto foi abordado na prova**:

CASO PRÁTICO

*Wesley, estudante, foi **preso em flagrante** no dia 03 de março de 2015 porque conduzia um veículo automotor que sabia ser produto de crime pretérito registrado em Delegacia da área em que residia. Na data dos fatos, Wesley tinha 20 anos, **era primário**, ~~mas existia um processo criminal em curso em seu desfavor, pela suposta prática de um crime de furto qualificado~~. Diante dessa anotação em sua Folha de Antecedentes Criminais, a autoridade policial representou pela **conversão da prisão em flagrante em preventiva**, afirmando que existiria risco concreto para a ordem pública, pois o indiciado possuía outros envolvimentos com o aparato judicial.*

Você, como advogado (a) indicado por Wesley, é comunicado da ocorrência da prisão em flagrante, além de tomar conhecimento da representação formulada pelo Delegado. Da mesma forma, o comunicado de prisão já foi encaminhado para o Ministério Público e para o magistrado, sendo todas as legalidades da prisão em flagrante observadas.

*Considerando as informações narradas, responda ao item a seguir. **(OAB – XVI Exame Unificado FGV/ 17/05/2015 - Adaptada)***

A) Qual a medida processual, diferente de habeas corpus, a ser adotada pela defesa técnica de Wesley? (Valor: 0,50)

RESOLUÇÃO:

A medida processual adequada será o **pedido de liberdade provisória.** Isto porque, além ser primário (não reincidente) e não tendo o crime (Receptação - art. 180 do CP) praticado pelo acusado pena máxima em abstrato maior de 4 anos, a ele não poderá se impor preventiva.

Vejamos a redação do art. 180 do Código Penal (CP) e arts. 312 e 313 do Código de Processo penal (CPP).

> **CP:**
>
> ***Art. 180***. *Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)*
>
> *Pena - reclusão, de um a **quatro anos**, e multa.*
>
> **CPP:**
>
> ***Art. 313***. *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *I - nos **crimes dolosos** punidos com pena privativa de liberdade máxima **superior a 4 (quatro) ano***
>
> *(...)*
>
> ***Art. 312***.
>
> *(..))*
>
> *§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve **ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada**. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Observe que o **crime de receptação tem pena máxima de 4 anos**, portanto não é cabível a conversão da flagrante em preventiva.

A conduta do acusado não põe em risco a garantia ordem pública. (art. 312 do CPP)

Por fim, quanto ao fato de existir um processo criminal em curso em desfavor do acusado pra justificar que "*existiria risco concreto para a ordem pública, pois o indiciado possuía outros envolvimentos com o aparato judicial*", preceitua o art. 65 do CP:

> ***Art. 63.*** *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, **depois de transitar em julgado a sentença** que, no País ou no*

> *estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Se se ode falar em reincidência antes do trânsito em julgado da sentença penal e o enunciado da questão deixa claro que *"existia um processo criminal em curso em seu desfavor"*, ou seja, que não transitou em julgado.

No mais, a simples justificativa de que de "*existiria risco concreto para a ordem pública"* não justificativa idônea capaz de fundamentar a decretação da prisão, visto que a Lei 13.964/2019 acrescentou, além dos que já existiam, mais três requisito: 1) prova da existência do crime e do 2) indício suficiente de autoria, traz mais um requisito obrigatório, qual seja, o 3) perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, conforme caput do art. 312, com CPP.

> ***Art. 312.*** *A prisão preventiva poderá ser decretada* ***como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal****, QUANDO houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

MODELO:

Ver no capítulo 7.

6ª) REVOGAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA

A **prisão temporária** é um tipo de prisão provisória, de natureza cautelar que tem com o **objetivo** investigar crimes mais graves.

Prevista na Lei 7.960/89, a prisão temporária **somente pode ser decretada na fase de inquérito e pelo juiz** nas hipóteses do art. 1ª da citada lei.

> *Art. 1° **Caberá prisão temporária**:*
>
> *I - quando **imprescindível para as investigações** do inquérito policial;*
>
> *II - quando o **indicado não tiver residência fixa** ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;*
>
> *III - quando **houver fundadas razões**, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, **de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes**:*
>
> *a) **homicídio doloso** (art. 121, caput, e seu § 2°);*

b) ***sequestro ou cárcere privado*** *(art. 148, caput, e seus §§ 1° e 2°);*

c) ***roubo*** *(art. 157, caput, e seus §§ 1°, 2° e 3°);*

d) ***extorsão*** *(art. 158, caput, e seus §§ 1° e 2°);*

e) ***extorsão mediante sequestro*** *(art. 159, caput, e seus §§ 1°, 2° e 3°);*

f) ***estupro*** *(art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*

~~*g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);* => (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~*h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);* (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

i) ***epidemia*** *com resultado de morte (art. 267, § 1°);*

j) ***envenenamento*** *de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);*

*l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal****;*** *=>* ***Associação Criminosa;***

m) ***genocídio*** *(arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;*

n) ***tráfico de drogas*** *(art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);* *=>* **Lei 11.343/2006**

o) ***crimes contra o sistema financeiro*** *(Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).*

p) crimes previstos na ***Lei de Terrorismo****.* *(Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)*

Além do rol acima apresentado, **a prisão temporária é cabível ainda no caso de crimes hediondos e equiparados** previstos nos art. 1º e 2º da Lei 8.072/90.

Art. 2º *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*

(...)

§ 4º A ***prisão temporária****, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo,* ***terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período*** *em caso de extrema e comprovada necessidade.* *(Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)*

PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA:

5 dias, prorrogável por mais 5 => **crime comum** (Art. 2º da Lei 7.960/89), ou

30 dias, prorrogáveis por mais 30 => **crime hediondo** (Lei 8.072/90, art. 2º, § 4º).

Deve-se observar que esgotado essas prazos, o preso deve imediatamente ser colocado em liberdade, sem a necessidade de expedição de alvará de soltura, tendo em vista tratar-se de prisão preventiva. Mas... a soltura só ocorrerá se a prisão temporária não for convertida em prisão preventiva.

PRAZO PARA SE FAZER O PEDIDO DE REVOGAÇÃO

O pedido pode ser feito a **qualquer momento**, enquanto perdurar a prisão.

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA:

Não há um fundamento plausível para ser requerer a revogação da prisão preventiva. Desta forma, na prova da OAB pode-se fundamentar com base no art. 5º, LXVI, da CF/88 e a própria art. 1º da Lei nº 7.960/89.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

O enunciado da questão provavelmente fará referência a um caso que em o juiz decretou a prisão do acusado por um delito que não se enquadra nas hipóteses previstas na Lei nº 7.960/89.

COMPETÊNCIA PARA ANALISAR O PEDIDO (a quem deve ser direcionada a peça):

O pedido deve ser direcionado ao **juiz de 1º grau**, haja vista o art. 2º da Lei nº 7.960/89 prever que a prisão preventiva só poderá ser decretada pelo juiz, desde que haja representação do delegado de polícia ou do MP.

> ***Art. 2°*** *A prisão temporária será* ***decretada pelo Juiz****, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.*

TESES:

Alegar que a não há fundadas razões para a prisão

Não é imprescindível para as investigações do inquérito policial

O indicado tem residência fixa

Não se trata de crimes hediondos

Que o crime não faz parte do rol previsto na lei

PEDIDOS:

Que seja revogação da prisão temporária, com a consequente expedição de alvará de soltura.

CASO PRÁTICO:

(OAB/SP 127º Exame/2005) O Delegado de Polícia representou ao Juiz de Direito a fim de que fosse decretada a prisão temporária de João, alegando que ele estava sendo investigado por ***crimes de estelionato e furto*** *e se tratava de pessoa sem residência fixa, sendo a sua prisão imprescindível para as investigações. O juiz, após ouvir o Ministério Público, decretou a prisão temporária por 5 (cinco) dias, autorizando, desde logo, a prorrogação da prisão por mais 5 (cinco) dias, se persistissem os motivos que levaram à sua decretação. Foi expedido mandado de prisão. Sem ser preso, João soube da decisão e procurou um advogado para defendê-lo.*

QUESTÃO: Como advogado de João, redija a peça processual mais adequada à sua defesa.

RESOLUÇÃO:

Observe que no caso apresentado, o delegado pediu a decretação da prisão temporária em razão do acusado ter praticado os **crimes de estelionato e furto**. Tais crimes (estelionato e furto) não fazerem parte do rol apresentado pela Lei 7.970/89 e nem da Lei 8.072/80. Logo, não cabe a medida adotada pelo magistrado.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

7ª) *HABEAS CORPUS*

A nossa Carta Magna, em seu art. 5º, LXVIII estabelece que *"conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".*

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial que tem como objetivo evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Em matéria penal, essa peça dificilmente será cobrada na prova da OAB. Todavia, pode ser objeto de avaliação nas questões subjetivas.

FINALIDADE

O *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal ou a ameaça do mesmo.

TERMOLOGIA

Paciente: Pessoa que sofre ou está ameaçado de sofrer um constrangimento ilegal:

Impetrante: Pessoa que pede a ordem de habeas corpus;

Impetrada: Autoridade a quem é dirigido o pedido;

Coator: Pessoa que exerce ou ameaça exercer o constrangimento;

Detentor: Pessoa que detém o paciente.

ESPÉCIES DE HC

Apresenta as seguintes espécies:

-preventivo (salvo-conduto)- Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de pode;

-liberatório ou repressivo- Quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

CABIMENTO E FUNDAMENTO LEGAL:

O art. 648 do CPP enuncia as hipóteses de cabimento de HC.

> ***Art. 648.*** *A coação considerar-se-á ilegal:*
>
> *I - quando não houver justa causa;*
>
> *II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;*
>
> *III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;*
>
> *IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;*
>
> *V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;*
>
> *VI - quando o processo for manifestamente nulo;*
>
> *VII - quando extinta a punibilidade.*

PRAZO:

Não há prazo, podendo ser impetrado a qualquer tempo.

MEDIDA LIMINAR:

O HC comporta pedido de medida liminar, assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade, desde que presentes os pressupostos: *periculum in mora e fumus boni júris*.

COMPETÊNCIA:

Endereçado sempre à autoridade hierarquicamente superior àquela tida como coatora.

- ✓ Contra ato de delegado => impetrado ao juiz
- ✓ Contra ato de juiz de 1ª instância => ao Presidente do Tribunal a que o juiz estiver vinculado.
- ✓ Contra o ato do Tribunal de 2ª instância => ao Tribunal Superior respectivo (STJ, STM, ou TSE).
- ✓ Contra atos dos Tribunais Superiores (STJ, STM, ou TSE) => ao Supremo Tribunal Federal.

Deixaremos de tecer maiores considerações em razão dessa peça praticamente não ser mais cobrada pela FGV, tendo em vista não ser privativa de advogado. Entretanto, não significa dizer que não possa vir a ser cobrada daqui pra frente, pelo menos nas questões disservativas.

MODELO:

Ver no capítulo 7.

8ª) MANDADO DE SEGURANÇA

É cabível quando se tratar de **direito líquido e certo, não amparado por HC**, conforme prevê o art. 5º, LXIX, da CF e Lei 12.016/2009.

> ***CF: Art. 5º***
>
> *LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*

PRAZO:

120 dias, a contar da ciência sobre o teor do ato impugnado.

COMPETÊNCIA:

Conforme a categoria da autoridade coatora, assim como em razão de sua sede funcional.

2ª FASE: PROCESSUAL

Vimos que na fase **pré-processual** houve um fato, sua apuração e, consequentemente, a conclusão do inquérito policial.

A **fase processual** é o momento em que, depois de oferecido o indiciamento pelo Delegado de polícia, o representante do Ministério Público formula a denúncia e a envia para a autoridade judiciária se manifestar determinando, se for o caso, que o acusado apresente sua defesa (arts. 395 e 396 do CPP).

Delegado indicia **=> Promotor** denuncia **=> Juiz** recebe a denúncia (ou queixa) e notifica **acusado =>** apresenta a defesa.

Na fase processual são cabíveis os seguintes **tipos de peças**:

- I) de **defesa**
  - A) antes do recebimento da denúncia ou queixa
    - 1ª) Defesa preliminar de funcionários públicos e
    - 2ª) Defesa prévia do rito de drogas
  - B) depois do recebimento da denúncia ou queixa
    - 1ª) Resposta à acusação – RA;
    - 2ª) Resposta à acusação no júri;
    - 3ª) Memoriais no rito comum;
    - 4ª) Memoriais no rito do júri;
    - 5ª) Exceções
    - 6ª) Habilitação como assistente de acusação.
- II) de **recurso**
  - **Direcionadas ao**:
    - A) *próprio juízo do feito*
      - 1ª) Recurso em sentido estrito - RESE
      - 2ª) Apelação
      - 3ª) Embargos de declaração entre outra.
    - B) *Tribunal*
      - 1ª) Embargos de Declaração de Acórdão
      - 2ª) Embargos Infringentes ou e de Nulidade
      - 3ª) Recurso Ordinário Constitucional - ROC
      - 4ª) Recurso Especial
      - 5ª) Recurso Extraordinário
    - C) *Escrivão*
      - Carta Testemunhável

I) PEÇAS DE DEFESA

As penas de defesas devem ser elaboras quando já houver sido iniciada a ação penal. Podemos dividir essas peças em:

A) **ANTES** do recebimento da denúncia ou queixa;

1ª) Defesa preliminar de funcionários públicos e

2ª) Defesa prévia do rito de drogas.

B) **DEPOIS** do recebimento da denúncia ou queixa.

1ª) Resposta à acusação – RA;

2ª) Resposta à acusação no júri;

3ª) Memoriais no rito comum;

4ª) Memoriais no rito do júri;

5ª) Exceções

6ª) Habilitação como assistente de acusação

Vejamos à análise detalhada de cada uma dessas peças.

A) ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

São cabíveis as seguintes peças, entre outras:

1ª) **Defesa preliminar** de funcionários públicos e

2ª) **Defesa prévia** do rito de drogas.

1ª) DEFESA PRELIMINAR DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Conforme veremos no capítulo “O RASCUNHO”, existem dois tipos de procedimentos: o ***COMUM*** e o ***ESPECIAL*** (art. 394 do CPP). Em qualquer um deles, após o oferecimento da denúncia ou queixa pelo MP, o juiz tem duas opções: **rejeita** ou **recebe** a denúncia ou queixa (art. 396, e art. 395, § 5º, ambos do CPP).

REGRA GERAL é que, se o **juiz recebe**, **deve ordenar a citação do acusado** (art. 396 do CPP) para que este apresente a sua defesa, no caso, Resposta à Acusação - RA.

Todavia, no **Procedimento Especial**[8], em alguns delitos, tais como os abaixo listados, deve-se, antes apresentar a **defesa preliminar** e não Resposta à Acusação.

=>**Crimes funcionais -** Crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública (arts. 312 a 327 do CP);

=>**Lei de drogas** (art. 55 da nº 11.343/06);

=>**Juizados especiais criminais** (art. 81 da Lei nº 9.099/95);

=>**Competência originária dos tribunais** (art. 4º da Lei nº 8.038/90);

=>**Improbidade administrativa** (art. 17, § 7º da Lei nº 8.429/92), com **objetivo de impedir ou evitar a instauração de lide temerária**, o **legislador previu exceção** para o referido procedimento: o juiz notifica o acusado para se manifestar, permitindo o exercício do contraditório ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ou QUEIXA.

CRIMES FUNCIONAIS

Tratando-se de **crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública** (arts. 312 a 326 do CP), sendo o **crime afiançável**, verificado a regularidade da denúncia ou queixa (subsidiária), o juiz ordenará a notificação do acusado para **responder por escrito**, dentro do **prazo de 15 dias**, conforme previsão legal do CPP:

> ***Art. 514.*** *Nos crimes* ***afiançáveis****, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para* ***responder por escrito****, dentro* ***do prazo de quinze dias****.*
>
> *Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a* ***resposta preliminar****.* (grifamos)

[8] **Procedimento especial** é todo aquele previsto, tanto no CPP quanto em leis extravagantes, para hipóteses legais específicas, que, pela natureza ou gravidade, merecem diversa tramitação processual.

Portanto, tratando-se **de crimes de reponsabilidade de funcionários públicos**, ANTES DE RECEBER A PEÇA ACUSATÓRIA, **o juiz deve notificar o acusado**.

Caso seja **recebida a denúncia ou queixa**, o procedimento passa a ser o **ordinário,** procedendo-se a citação do Acusado/Réu (art. 351 e ss. do CPP).

MUITA ATENÇÃO:

CRIMES AFIANÇÁVEIS

Como já frisamos, só se aplica o **procedimento especial** (defesa preliminar) **se o crime for afiançável** e o **funcionário praticou o delito na qualidade de funcionário público** (art. 514). Se for **inafiançável** a infração, o rito é o **ordinário**.

Infração de Menor Potencial Ofensivo

Embora haja controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, em respeito ao princípio da economia processual, há entendimento de que se a infração praticada pelo funcionário for de **menor potencial ofensivo**, deve ser apreciada pelos juizados especiais criminais, ou seja, **procedimento sumaríssimo**.

CONTROVÉRSIA QUANTO A NÃO NECESSIDADE DE RESPOSTA PRELIMINAR

Na súmula 330, o **STJ** se manifestou quanto à **desnecessidade** da **resposta preliminar** se a ação penal estiver devidamente instruída no inquérito policial, nos seguintes termos:

> *"É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514, do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial".*

Entretanto, no HC nº 85.779/RJ e 89.686/SP e Informativo 475, o STF afastou de uma vez o entendimento inserto na Súmula 330 do STJ, para reconhecer que a **defesa preliminar do art. 514 do CPP é fase obrigatória do procedimento nos delitos funcionais**.

FALTA DE DEFESA TÉCNICA:

Na prova da OAB, **caso esteja demonstrado** no enunciado da questão **que não foi oportunizado ao acusado** o OFERECIMENTO DA DEFESA PRELIMINAR, **deverá ser**

arguida nulidade absoluta, em decorrência de **ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório** (CF, art. 5º, LV).

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA

Art. 514 do CPP.

Art. 514. *Nos* ***crimes afiançáveis****, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e* ***ordenará a notificação do acusado****, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.* (grifo nosso)

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O problema deixará claro que o MP ofereceu denúncia (contra acusado que é funcionário público, que, no exercício das funções públicas ou em razão delas, cometeu crime contra a Administração Pública – *ex.: Pedro, Escrivão de Polícia*...) e o juiz o notificou para se manifestar no prazo legal.

PRAZO PARA APRESENTAR A DEFESA

15 dias da data da intimação.

Cabe aqui fazer algumas **observações sobre prazos no processo penal**.

Diferentemente do que ocorre no Direito Penal em que a contagem do prazo penal não importa a hora nem o dia, o prazo começa em dia útil, domingo ou feriado (art. 10, CP), no Direito Processual Penal essa contagem se dá de forma diferente. Vejamos o que diz a Súmula 710 do STF.

"No processo penal, ***contam-se os prazos da data da intimação****, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem".*

Portanto, **o início do prazo processual penal será na data da intimação**.

Vejamos ainda o que dispõe o CPP em seu art. 798:

"Não se computará no prazo o dia do começo, ***incluindo-se, porém, o do vencimento****"; bem como que "O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato".*

Na contagem do prazo processual penal **não se leva em consideração o primeiro dia**, ou seja, da intimação, mas o último dia do prazo.

Assim, se o prazo é de 05 dias e a intimação ocorreu numa sexta feira, por exemplo, a contagem se dará a partir da segunda feira, se este for um dia útil, caso seja feriado, se se passará a contar a partir de terça feira. É o que prevê a súmula 310 do STF:

*Quando a intimação tiver lugar na **sexta-feira**, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, **o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata**, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.*

É de suma importância do o candidato não espeça desses detalhes na hora da prova.

COMPETÊNCIA

A peça deve ser direcionada ao juiz que determinou a notificação.

TESES

Buscar demostrar que a denúncia deve ser rejeitada, conforme art. 395 do CP, tendo em vista tratar-se de denúncia genérica; ou pedir a desclassificação da conduta.

PEDIDOS

Que seja recebida a defesa preliminar e, consequentemente, rejeitada a denúncia ou queixa.

OBSERVAÇÕES IMPORTANTES:

Crimes afiançáveis:

Só se aplica o **procedimento especial** (defesa preliminar) **se o crime for afiançável** e o **funcionário praticou o delito na qualidade de funcionário público** (art. 514). Se for **inafiançável** a infração, o rito é o **ordinário**.

Infração de Menor Potencial Ofensivo:

Embora haja controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência, em nome do princípio da economia processual, há entendimento de que se a infração praticada pelo funcionário for de **menor potencial ofensivo**,

deve ser apreciada pelos juizados especiais criminais, ou seja, **PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**.

2ª) DEFESA PRÉVIA DO RITO DE DROGAS – ART. 55, § 1º, DA LEI 11.343/2006, C/C ART. 394, § 2º, DO CPP

Nos crimes de tráfico ilícito de drogas, a Lei nº 11.343 de 23.08.2006 tipificou que,

> ***Art. 55.*** *Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer* ***defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias****.*
>
> *§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado* ***PODERÁ arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas****.* (Grifo nosso)

Oferecida denúncia pelo tráfico ilícito de droga, **o juiz, antes de recebê-la, notifica o acusado para se manifestar** e, consequentemente, exercer seu direito de ampla defesa.

CUIDADO!

Caso não tenha sido oportunizado ao acusado apresentar a defesa prévia, **haverá nulidade do processo** (art. 564, III, "e", do CPP).

CONSUMO PESSOAL DE DROGA => PROCEDIMENTO

Preste atenção ao que determina o art. 48, § 1º, da Lei 11.343/2006:

> **Art. 48.** ...
>
> *§ 1º O agente de qualquer das* ***condutas previstas no art. 28 desta Lei****, SALVO se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 A 37 desta Lei,* ***será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099,*** *de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os* ***Juizados Especiais Criminais****.*
>
> *Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo,* ***para consumo pessoal****, drogas*

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Assim, se a conduta praticada pelo acusado refere-se a **consumo pessoal de droga**, e não houve concurso com os artigos 33 a 37 da citada lei, o **procedimento será o sumaríssimo** e não o especial.

NÃO OBSERVÂNCIA DO RITO

Portanto, se no oferecimento da denúncia **não foi observado o rito**, ou seja, a **infração era de menor potencial ofensivo** e a peça inicial foi oferecida ao juiz da justiça comum, **deve-se alegar nulidade** por não observância do rito sumário, nos termos do art. 564, IV, do CPP.

NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO JUIZ

Se o **juiz decide por não receber a denúncia ou a queixa** (art. 395), cabe **RESE**, nos termos do art. 581, I, do CPP. Estudaremos esse assunto mais adiante.

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA:

Art. 55 da Lei 11.343/2006.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado trará uma situação de tráfico ilícito de drogas e deixará claro que **houve o oferecimento da denúncia**, mas antes de recebê-la, o juiz determina a notificação do acusado para se manifestar.

PRAZO>

10 dias.

PEDIDO:

Em regra, na prova da OAB, o pedido será sempre pela **rejeição da denúncia**, tendo em vista que se trata de crime de porte para uso próprio (art. 28, da Lei nº. 11.343/2006).

Se o enunciado da prova fizer referência à **associação para o tráfico** (art. 35, caput, da Lei 11.343/2006), **pedir absolvição** sob a alegação de não existir o animus associativo por parte do acusado.

B) DEPOIS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA (ART. 396)

Nesta fase **ainda não teve sentença** prolatada pelo juiz, mas apenas recebimento da denúncia ou queixa.

São cabíveis as seguintes peças:

1ª) Resposta à acusação – RA (procedimento comum);

2ª) Resposta à acusação no júri;

3ª) Memoriais no rito comum;

4ª) Memoriais no rito do júri;

5ª) Exceções

a) de incompetência;

b) de suspeição;

c) de ilegitimidade das partes entre outras.

6ª) Habilitação como assistente de acusação

Analisaremos as mais comuns, dando destaque para as mais cobradas pela FGV.

1ª) RESPOSTA À ACUSAÇÃO - RA (ART. 396, CPP)

Como vimos, nos **crimes que se procede mediante o PROCEDIMENTO(RITO) ESPECIAL**, em alguns casos, antes de receber a denúncia ou queixa, o juiz notifica o acusado para apresentar **defesa prévia** e só após a manifestação do acusado é, se verificar que há algum indício de autoria e materialidade do crime, é que o juiz recebe a denúncia ou queixa.

Já nos **crimes que se procede mediante o PROCEDIMENTO COMUM**, o art. 396 do CPP preceitua que

> *"Nos Procedimentos ordinário e sumário,* ***oferecida a denúncia ou queixa, o juiz****, se não a rejeitar liminarmente,* ***recebê-la-á*** *e* ***ordenará a***

***citação do acusado para responder à acusação**, por escrito, **no prazo de 10 (dez) dias**.".*

Diferentemente dos crimes que seguem o rito especial, nos crimes que se procedem pelo rito comum oferecida a denúncia ou queixa e o juiz a recebe e determina a citação do acusado que tem 10 diz para se manifestar.

A RESPOSTA À ACUSAÇÃO é a **primeira oportunidade que o acusado tem de se manifestar no processo**. Na RA é possível alegar tudo que possa beneficiar o acusado.

DISTINÇÃO ENTRE DEFESA PRÉVIA, DEFESA PRELIMINAR E RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Cabe aqui fazer uma breve distinção entre defesa prévia, defesa preliminar ou resposta à acusação.

Defesa prévia: peça prevista no art. 55 da Lei 11.343/06 (Lei de Droga) e somente será cabível nos crimes previstos nesta lei. Ocorre antes do recebimento da denúncia. Em regra o pedido, será pela rejeição da denúncia.

Defesa preliminar: está prevista no art. 514 do CPP. É cabível em crimes praticados por funcionário público no exercício ou em razão da função, quando afiançáveis. Tem as mesmas características da defesa prévia.

Resposta à acusação (RA): tem previsão legal nos art. 396 e 396-A do CPP. Com exceção dos crimes de droga, os praticados por funcionário públicos nos exercícios da função, conforme vista acima e delitos de menor potencial ofensivo, a RA é cabível em todos os demais crimes.

Diferentemente da **defesa prévia** e da **defesa preliminar** – que são peças da fase pré-processual, na **resposta à acusação** já houve o recebimento da denúncia ou queixa (por isso que é peça da fase processual), motivo pelo qual não se deve pedir a rejeição da peça inicial (art. 395 do CPP). Entretanto, na prova da OAB, se o candidato fizer esse pedido não vai perder ponto em razão disso.

TIPOS DE PROCEDIMENTOS (RITOS)

Falamos acima de "procedimento especial" e "procedimento comum", mas o que seria esses procedimentos?

O Sistema Processual Penal brasileiro existe dois tipos de procedimentos, conforme previsto no art. 394 do CPP, *in verbis:*

Art. 394**. O procedimento será **comum** ou **especial.

> *§ 1º O **procedimento comum** será ordinário, sumário ou sumaríssimo.*
>
> *I - **ordinário**, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;*
>
> *II - **sumário**, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;*
>
> *III - **sumaríssimo**, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.* (grifo nosso)

Observe que o art. 394 do CPP fala em procedimento comum ou especial, portanto, como dissemos, são dois os tipos de procedimentos. Mas esse assunto será estuda no capítulo 2. Por enquanto nos interessa saber a respeito da resposta á acusação, esclarecendo que esta se aplica a ambos os procedimentos.

A PEÇA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Concluído o inquérito policial, este é relatado e remetido ao Judiciário, onde é distribuído a uma Vara Criminal e depois enviado ao representante do MP que, após examinar os autos, pode optar por uma das alternativas:

a) **Devolve à autoridade policial** para outras diligências que entender necessárias;

b) **Requerer o arquivamento do inquérito**, se entender que não há suficientes indícios de autoria, ou que não existe prova da materialidade do crime;

c) **OFERECE DENÚNCIA,** entendendo provada a materialidade de um crime e existir indícios de que alguém identificado o cometeu, arrolando até oito testemunhas.[9]

Recebida a denúncia ou queixa pelo magistrado, o acusado se manifesta por meio de Resposta à Acusação.

A Resposta à Acusação tem sido uma das peças bastante cobradas pela FGV. Mas podemos afirmar que não é uma peça complicada ou difícil de fazer. Até porque o art. 396-A do CPP já nos dá uma boa ideia de como ela deva ser elaborada.

> ***Art. 396-A.** Na resposta, **o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa**, oferecer documentos e*

[9] Vinicius Roberto Prioli de Souza (*On line*).

justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Assim, na elaboração da peça de RA, o candidato deve ficar atento ao art. 396-A do CPP, pois ele é um norte de como se deve fazer a peça.

Também não deve esquecer de verificar o art. 396:

***Art. 396**. Nos Procedimentos ordinário e sumário, **oferecida a denúncia ou queixa**, **o juiz**, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e **ordenará a citação do acusado para responder à acusação**, por escrito, **no prazo de 10 (dez) dias**."*

(...)

***§ 2º** Não apresentada a resposta no prazo legal, ou **se o acusado, citado, não constituir defensor**, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.*

Ada Pellegrini Grinover(obra cit., p.122) nos ensina que a citação é a cientificação do réu, para que tome conhecimento da acusação e procure defender-se. Sem citação, não se realiza a relação processual e torna-se inútil a sentença, tratando-se de nulidade insanável.

Se o acusado, por algum motivo não foi citado, o processo deverá ser anulado(art. 564, III, "e", do CPP) por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), já que o acusado não teve como se manifestar em razão do não conhecimento do processo.

***Art. 564.** A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

(...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

O problema deixará claro que o juiz recebeu a denúncia ou queixa e determinou a citação do acusado.

FUNDAMENTO LEGAL:

Art. 396 e 396-A do CPP

PRAZO:

Conforme prevê o § 2º do art. 396-A, a regra é que o acusado apresente sua defesa no prazo de **10 dias** (art. 396).

DICA: Houve citação e o réu não se manifestou. Neste caso, **o juiz deve nomear defensor**(Art. 396-A, § 2º). Se ficar demonstrado que esta providência não foi adotada pelo juiz, o candidato deve arguir a nulidade do processo.

COMPETÊNCIA:

A peça deve ser direcionada ao **juiz da causa** (TJ ou TRF), ou seja, a quem o enunciado fizer referência. Por exemplo, "*juiz da 7ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza-CE".*

Entretanto, se não há nenhuma referência no enunciado quanto a quem preside o processo, deve-se colocar na peça apenas "**...**"

Exemplo:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE... (**se justiça Estadual**)

*EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ... VARA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DA... REGIÃO (**se justiça Federal**)*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ PRESIDENTE DA ... VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA CAMARCA DE... (**se crime doloso contra a vida**) *ou*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA CAMARCA DE... (**se infração de menor potencial ofensivo**)

TESES DEFENSIVAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO:

Por expressa previsão legal do **art. 396-A**, o acusado pode alegar tudo o que favorece sua defesa.

> ***Art. 396-A.*** *Na resposta, o* ***acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa****,* ***oferecer documentos*** *e justificações,* ***especificar as provas*** *pretendidas e* ***arrolar testemunhas****,*

> *qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *§ 1º A* ***exceção*** ***será processada em apartado****, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.*
>
> *§ 2º* ***Não apresentada a resposta no prazo legal****, ou se o acusado, citado,* ***não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la,*** *concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.* (grifo nosso)

Portanto, o art. 396-A do CPP já diz quais teses devem ser alegadas na peça de RA. Sendo que as teses de absolvição sumária estão previstas não Art. 397. Vejamos:

1) Em *PRELIMINAR:*

Em PRELIMINAR, arguir ***exceção***, ***nulidade, extinção da punibilidade*** *e/ou* ***rejeição da denúncia.***

a) ***De Exceção*** *(*Art. 95 do CPP)

Quanto ao que dispõe o § 1º do art. 396-A, em caso de trata-se de **juiz incompetente ou suspeito ou parte ilegítima**, **deve-se alegar a incompetência ou suspeição do juiz ou ilegitimidade da parte** em uma peça, feita à parte, chamada de **EXCEÇÃO** (de incompetência, suspeição ou ilegitimidade das partes) nos termos do art. 95 do CPP. Mas **na prova da OAB esta alegação deve ser feita em preliminar de mérito**, conforme será visto mais adiante.

b) ***De Nulidade*** (Art. 564, CPP.)

Ex.: falta de provas, denúncia ou queixa inépcia etc. => leva a **anulação do processo**;

AUSÊNCIA DE RESPOSTA DO ACUSADO

MUITO CUIDADO:

A falta de resposta à acusação **gera nulidade do processo** que deve ser arguida em sede de preliminar.

Na hipótese de não ter sido oportunizado ao acusado apresentar sua defesa, deve-se alegar nulidade do processo (art. 564, V, do CPP). Neste sentido é a súmula 523 do STF:

"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

MUITA ATENÇÃO

FALTA DE PROVAS

Na RESPOSTA À ACUSAÇÃO, **não havendo prova** suficiente de que o acusado cometeu o delito a que lhe é amputado, **gera nulidade** (art. 564, IV). Ex.: falta de exame de corpo delito (art. 564, III, b).

Nos MEMORIAIS e RECURSOS leva à **absolvição** (art. 386, II, do CPP).

c) ***De Extinção da punibilidade*** (Art. 107, CP)

Existem diversas situações de extinção na punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal, porém a mais cobrada pela FGV tem sido a **extinção pela prescrição penal**, conforme será visto mais adiante.

CPP:

Art. 396-A:

(...)

§ 2º *Não apresentada a resposta no prazo legal, ou* ***se o acusado, citado, não constituir defensor****, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.*

CPP: Art. 366*. Se o acusado,* ***citado por edital****, não comparecer, nem constituir advogado,* ***ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional****, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

d) ***De Rejeição da denuncia ou queixa*** (art. 395 do CPP).

Trataremos detalhadamente deste assunto no Capítulo 2.

2) No *MÉRITO:*

No MÉRITO deve-se requerer a **ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA,** demonstrando que existe uma ou mais das situações previstas no art. 397. Ou, caso demostrado que realmente o acusado praticou o fato, pode ser requerer a **desclassificação da conduta**.

a) ***Absolvição*** **sumária** nos termos do art. 397 do CPP.

Diferentemente das demais peças, na Resposta à Acusação o **pedido de absolvição SEMPRE será com base no art. 397 do CPP**,

inclusive se o crime for doloso contra a vida. **NUNCA no art. 386**. Este art. 396 é para as peças que vêm depois. Vejamos:

> ***Art. 397****. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código,* ***o juiz DEVERÁ absolver sumariamente o acusado quando verificar****: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *I - a existência manifesta de* ***causa excludente da ilicitude do fato****;*
>
> *II - a existência manifesta de* ***causa excludente da culpabilidade do agente****, salvo inimputabilidade;*
>
> *III - que o* ***fato narrado evidentemente não constitui crime****; ou*
>
> *IV -* ***extinta a punibilidade do agente****.* (grifo nosso)

b) ***Desclassificação da conduta***

Comprovado que o **acusado realmente praticou o fato**, não será possível pleitear sua absolvição, mas pode-se tentar a **desclassificação da conduta**, por exemplo, de roubo para furto.

3) Pedidos SUBSIDIÁRIOS

FIQUE ATENTO NA DICA!!

Embora o art. 396-A do CPP **preveja que na RA pode-se alegar praticamente tudo que interesse à defesa**, em regra, como ainda não houve nenhuma condenação, **entendemos não ser o momento oportuno para fazer pedidos subsidiários**, até porque, no caso de possível condenação, o acusado vai ter essa oportunidade nos memoriais. Todavia, em razão do **princípio da eventualidade**, é possível fazer tais pedidos, até porque o candidato não vai perde ponto na prova fazendo esses pedidos.

Esse assunto será estudo no tópico “CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS”.

PEDIDOS

No tópico *pedido* se faz um resumo dos pedidos e em seguida **especificar as provas que pretende produzir** e **testemunhas a serem arroladas,** já que estamos na fase de defesa.

2ª) RESPOSTA À ACUSAÇÃO NO JÚRI – ART. 406

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Os crimes dolosos contra a vida, *homicídio doloso* (art. 121 do CP*), infanticídio (*art. 123 do CP. *participação em suicídio (*art. 122) e *aborto (*arts. 124 a 127 do CP*),* consumados ou tentados, são julgados pelo Tribunal do júri, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88.

No Direito brasileiro, o rito do júri é denominado de *escalonado* ou *bifásico*, visto que se divide em **duas fases**:

Primeira fase (*judicium accusationis*): vai do oferecimento da denúncia à sentença de pronúncia

Segunda fase (*judicium causae*): se inicia com a preparação do processo para julgamento e vai até o julgamento (sessão) pelo tribunal do júri.

Primeira fase

1º oferecimento da denúncia ou queixa (art. 396)

⇩

2º recebimento da denúncia ou queixa (art. 406)

⇩

3º citação do acusado (art. 406 do CPP)

⇩

4º **Resposta à acusação** em 10 dias (art. 406 do CPP)

⇩

5º **Memoriais** (art. 403, § 3º, do CPP)

⇩

6º Sentença (Decisão)

- de pronúncia (art. 413) =>*Cabe RESE (art. 581, I, do CPP);*
- de impronúncia (art. 414) =>Cabe apelação (art. 416 do CPP)
- de absolvição sumária (art. 415) =>Cabe apelação (art. 416)
- de desclassificação (art. 419) =>Cabe apelação (art. 416)

Observa que, das sentenças preferidas pelo juiz, **a única que cabe RESE é a de pronúncia**, as demais são combatidas por meio de Apelação com base no art. 416, conforme se verá mais adiante.

PROCEDIMENTO NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO JÚRI

O procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri (arts. 406 a 497), segue o

=>**rito especial** (pena máxima igual ou superior a 04 anos) ou

=>**rito sumário** (pena máxima inferior a 04 anos, ressalvada a competência do Juizado Especial Criminal).

RESPOSTA À ACUSAÇÃO OU DEFESA PRELIMINAR?

Tanto nos crimes comuns, como nos crimes dolosos contra a vida a primeira defesa que o acusado apresenta é a RA.

Ai surge um questionamento: **mas no procedimento especial a primeira manifestação do acusado não é apresentar a defesa preliminar ou defesa prévia?**[10]

Depende!

A **defesa preliminar**, diferente da resposta à acusação, como já frisamos **é a exceção** aplicada em alguns delitos. No caso de crimes dolosos contra a vida, aplica-se a regra, qual seja, **Resposta à Acusação**.

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA

A Resposta à Acusação no júri tem como fundamentação legal **o art. 406** do CPP, *in verbis:*

> ***Art. 406****. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa,* ***ordenará a citação do acusado para responder a acusação****, por escrito,* ***no prazo de 10 (dez) dias****. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.*
>
> *§ 2º A acusação* ***deverá arrolar testemunhas****, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.*

[10] Sobre defesa prévia e defesa preliminar, ver assunto "DEFESA PRELIMINAR DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO".

> *§ 3º Na resposta, o acusado* ***poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa****, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.* (grifo nosso)

Assim, após citação do acusado, é hora de apresentar RA.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

O enunciado da questão deixará claro que a denúncia ou queixa foi recebida e que o acusado foi citado para oferecer defesa.

PRAZO

10 dias.

DICA: Se a banca pedir que o candidato date a peça no último dia do prazo, deve-se ficar muito atento, pois **deve ser considerado o dia em que a citação foi juntada aos autos** e não o dia em que o acusado foi citado. Assim, por exemplo, se constar a informação de que o acusado foi citado de 12 e somente no dia 15 é que a citação foi juntada aos autos, a contagem começa dia 16, portanto, a peça deve ser datada dia 25.

CUIDADO: Se o enunciado disser que o **acusado foi citado numa sexta feira**, o prazo começa a contar do 1º dia útil subsequente.

COMPETÊNCIA

A peça deve ser direcionada ao juiz da causa, ou seja, o juiz que recebeu a denúncia ou queixa.

DICA: Tratando-se de juiz incompetente não se deve esquecer de alegar a incompetência(Art. 95, II, CPP) e, consequentemente, requerer nulidade do processo (Art. 564, I, do CPP).

TESES DEFENSIVAS NA RA NO JÚRI

Tudo que está especificado no § 3º do art. 406 do CPP.

> ***Art. 406****.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Na resposta,* ***o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa****, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de*

> *8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.* *(Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*

1) Em *PRELIMINAR:*

Em Preliminar, arguir ***exceção***, ***nulidade, extinção da punibilidade*** *e/ou* ***rejeição da denúncia.***

Exceção *(*Art. 95 do CPP)

Nulidade (Art. 564, CPP)

Extinção da punibilidade (Art. 107, CP)

Rejeição da denuncia ou queixa (art. 395 do CPP).

2) No *MÉRITO:*

No mérito deve-se requerer a **ABSOLVIÇÃO com fundamento no art. 415.**

> ***Art. 415****. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:* *(Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *I – provada a inexistência do fato;*
>
> *II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;*
>
> *III – o fato não constituir infração penal;*
>
> *IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.*

Caso esteja demostrado que o acusado praticou o fato, pode ser requerer a desclassificação da conduta para crime culposo pra livrar o réu de ir ao tribunal do júri. Neste caso, deve-se requerer que o processo seja encaminha ao juiz competente.

3) Pedidos SUBSIDIÁRIOS

Em regra esses pedidos não devem ser feitos na peça de Resposta à Acusação, isto porque ainda não houve uma sentença condenatória. Entretanto, o candidato não vai perder por caso faça esses pedidos. Vamos tratar de forma mais detalhada, a respeito desse assunto, no tópico “CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS”.

PEDIDOS:

No tópico *pedido* se faz um resumo dos pedidos e em seguida **especificar as provas que pretende produzir** e **testemunhas a serem arroladas,** já que estamos na fase de defesa.

3ª) MEMORIAIS NO RITO DO JÚRI (ARTS. 403, § 3º, 404, P. ÚN. C/C Art. 394, § 5º,CPP)

Como já dissemos, recebida a denúncia ou queixa pelo magistrado, o acusado, após citado, deve apresentar sua primeira defesa, a resposta à acusação (art. 406 do CPP). Caso o juiz entenda não seja motivo de absolvição ou extinção do processo, será **determinada audiência de instrução e julgamento** (art. 400 do CPP). Encerrada a audiência, as partes devem apresentar as alegações finais oralmente (Art. 403, CPP).

Todavia, excepcionalmente, entendendo o juiz que o **caso é complexo** em decorrência do número de acusados (art. art. 403, §3º, do CPP) ou há necessidade de novas diligências (art. 404, parágrafo único, do CPP), **abre vista para as partes se manifestarem no prazo de 5 dias**. Portanto, é hora de apresentar MEMORIAIS, conforme prever o § 3º, do art. 403 do CPP, *in verbis:*

> ***Art. 403***.
>
> *§ 3º O juiz poderá,* ***considerada a complexidade do caso ou o número de acusados****, conceder às partes o* ***prazo de 5 (cinco) dias*** *sucessivamente para a* ***apresentação de memoriais****. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.* *(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> ***Art. 404***.
>
> *Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão,* ***no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias****, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.* *(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)*
>
> ***Art. 394.***
>
> *§ 5º* ***Aplicam-se subsidiariamente*** *aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo* ***as disposições do procedimento ordinári****o.*

OBJETIVO DOS MEMORIAIS NO JÚRI

MEMORIAIS (ou Alegações Finais em Memoriais) é última oportunidade antes da sentença e tem um objetivo: **evitar que seja pronunciado e vá responder perante um aconselho de sentença** (tribunal do júri).

OBSERVAÇÃO:

Sendo o acusado pronunciado, inicia-se a 2ª fase do júri.

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA

Art. 403, §3º, c/c art. 394, §5º, ambos do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O problema deixará claro que após a audiência de instrução e julgamento, o juiz, por entender que o caso é complexo ou existem vários acusados, permitiu a manifestação por escrito e determinou a intimação das partes.

COMPETÊNCIA:

Como se trata de **crime doloso contra a vida,** os MEMORIAIS **é peça da 1ª fase do júri**, portanto, deve ser direcionada ao juiz da vara do júri.

PRAZO

O prazo para apresentar a memorias é de 5 dias. Com se trata de prazo processual, exclui-se o dia da citação e conta-se a partir dia seguinte.

DICA: Se o enunciado da questão deixar claro que a citação ocorreu em uma sexta feiras, a contagem do prazo deve se dá a partir da segunda feira. Agora se, por exemplo, o enunciado disser que a citação ocorreu no dia 20, a data que deverá constar na prova será 25. Nada de considerar sábados, domingos ou feriados.

TESES

Em sede de Preliminar:

1. *Extinção da punibilidade* (art. 107, CP) => leva a extinção do processo.

1.1 Presscrição (art. 109, CP)

2. *Nulidade* (art. 564, CPP, inciso conforme o caso) => leva a nulidade do processo.

Em sede de Mérito:

1. Absolvição – Art. 415

Como ainda estamos na 1ª fase do júri e o acusado ainda não fora submetido ao conselho de sentença, cabe pedir absolvição, demonstrando o que prevê o art. 415 do CPP:

> ***Art. 415***. *O juiz, fundamentadamente,* ***absolverá desde logo o acusado****, quando:* *(Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *I – provada a* ***inexistência do fato****;*
>
> ⇨ O fato não aconteceu. Aqui vigorará o princípio do *in dubio pro réu.* Assim, caso a acusação não tenha comprovado que o crime de fato ocorreu, o candidato deverá pedir ao juiz que seja deferida a absolvição sumária por falta de materialidade delitiva.
>
> *II – provado* ***não ser ele autor ou partícipe do fato****;*
>
> ⇨ O fato até aconteceu, mas não teve como provar. Nesse caso a tese será de negativa de autoria, pois caso a defesa prove que ele não está ligado ao crime ou a acusação não tenha provado seu envolvimento, caberá a absolvição sumária, pois nesta fase a dúvida beneficiará o réu.
>
> *III – o fato* ***não constituir infração penal****;*
>
> ⇨ Em muitos casos, durante a instrução do processo, verifica-se que os fatos não são exatamente os descritos na petição inicial. Se a conduta imputada ao réu não consistir crime, a defesa deverá pedir a absolvição sumária por atipicidade.
>
> *IV – demonstrada* ***causa de isenção de pena ou de exclusão do crime****.*
>
> ⇨ Isenção de pena: ex.: arts. 20, § 1º, 26, 28, § 1º, 143 e 181 do CP
>
> ⇨ Exclusão do crime: ex.: arts. 23 e 142 do CP.
>
> ⇨ São os casos de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e inimputabilidade, crime impossível, entre outros.

MUITO CUIDADO **quando a absolvição for com fundamento no inciso** IV, pois o parágrafo único do art. 415 do CCP faz uma ressalva:

> *Parágrafo único.* ***Não se aplica o disposto no inciso IV*** *do caput deste artigo* ***ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26*** *do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal****, SALVO quando esta for a única tese defensiva.***

Tratando-se de acusado inimputável, ou seja, doente mental ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado,

somente na hipótese em que a inimputabilidade seja a única tese defensiva, será possível absolver o réu sumariamente.

Portanto, em **memoriais no júri**, o candidato, para pleitear a **absolvição do acusado**, deve demonstrar pelo menos uma das situações previstas no **art. 415.**

MUITO CUIDADO!!

JAMAIS use os art. 386 ou 397 para pedir absolvição no júri. O Art. 397 é para RA, o Art. **415 para memoriais no júri** e o Art. 386 para as demais peças.

2. Desclassificação da conduta para outro delito

Como já dissemos, há situação que não tem como absolver o acusado visto que está comprovado que realmente ele praticou o fato, entretanto, pode ocorrer que tal fato não seja de competência do tribunal do júri. Nesse caso deve-se requerer a desclassificação da conduta, nos termos do art. 419 do CPP.

> ***Art. 419.*** *Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da* ***existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74*** *deste Código e não for competente para o julgamento,* ***remeterá os autos ao juiz que o seja****. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*

3. Impronúncia

Caso não seja possível demonstrar que o acusado não cometeu o delito, ou mesmo pedir desclassificação da conduta, ainda é possível pedir a impronúncia, desse que demostre que **não existem provas da materialidade ou indícios de autoria.**

> ***Art. 414.*** *Não se convencendo da materialidade do fato ou da* ***existência de indícios suficientes de autoria ou de participação****, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.*

Aplicação do ***princípio in dubio pro reo***. Ou seja, na dúvida a favor do réu.

Pedidos subsidiário

- ✓ **Afastamento de agravantes ou aplicação de atenuantes**: Deverá ser observado o art. 61 do CP onde estão as agravantes e o art. 65, onde encontram-se algumas atenuantes. Tudo o que for favorável ao réu deverá ser alegado.

- ✓ **Afastamento de qualificadoras ou de causas de aumento**: O defensor deverá ficar atento a qualquer tese que beneficie o réu. Seria o caso, por exemplo, de demonstrar que o roubo não foi com emprego de arma de fogo, afastando-se a causa de aumento de pena (art. 157, I do CP).
- ✓ **Aplicação da pena no mínimo legal**: É possível alegar circunstâncias que influam na dosimetria da pena, como a primariedade por exemplo.
- ✓ **Concessão de benefício previsto em lei**: Por cautela, em caso de condenação, deverá a defesa alegar qualquer hipótese de benefício para o réu como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sursis, aplicação de regime mais brando e etc.

4ª) MEMORIAIS NO RITO COMUM – ART. 403, § 3º C/C ART. 404, PAR.ÚNICO

As MEMORIAIS (ou Alegações Finais em Memoriais) serão, em regra, oferecidas oralmente, ao final da audiência, para uma maior celeridade do processo, mas, excepcionalmente o juiz poderá abrir prazo para que as partes ofereçam suas alegações finais por escrito, em memoriais, conforme determina o CPP, em seu arts. 403, § 3º e 400, p. único:

> ***Art. 403.***
>
> *(...)*
>
> *§ 3º O juiz poderá,* ***considerada a complexidade do caso ou o número de acusados****, conceder às partes o* ***prazo de 5 (cinco) dias*** *sucessivamente para a* ***apresentação de memoriais****. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> ***Art. 404.***
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Realizada, em seguida, a* ***diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial****, e, no* ***prazo de 10 (dez) dias****, o juiz proferirá a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

FUNDAMENTO LEGAL

Arts. 403, § 3º e 404, p. único, do CPP.

PRAZO

5 dias.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O problema deixara claro que após a audiência de instrução e julgamento, o juiz, entendendo ser o caso complexo ou há vários acusado determinou a intimação das partes.

COMPETÊNCIA

Dirigida ao próprio juiz da causa que determinou a apresentação dos memoriais.

TESES

Nos **memoriais** o acusado tem a **última oportunidade de se manifestar perante um juiz singular**, sendo momento oportuno para **arguir nulidade, extinção do processo, absolvição, desclassificação da conduta** e tudo mais que interesse à sua defesa, portanto são cabíveis os seguintes **pedidos:**

a) Em sede de Preliminar:

-*Extinção da punibilidade* (arts. 107 e 312, §3º, do CP; art. 9º da Lei 10.684/2003) => leva a extinção do processo.

-*Nulidade* (art. 564, CPP, conforme o caso).

CUIDADO:

Nessa fase **não se deve pedir rejeição da denúncia**. Este pedido, via de rega, deve ser feito quando da apresentação da Resposta à Acusação.

b) Em sede de Mérito:

1. Absolvição – art. 386

Para que se possa pleitear a absolvição em **memoriais no rito comum**, há que **demonstrar o que prevê o art. 386 do CPP**:

Art. 386. *O* ***juiz absolverá o réu****, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*

I - estar provada a inexistência do fato

=> fato não aconteceu.

II - não haver prova da existência do fato

=> fato até aconteceu, mas não tem como provar.

III - não constituir o fato infração penal;

=> o fato existiu, mas não é punível. Ex.: denunciado por não pagar dívida, ou ainda, delito insignificante, crime impossível (art. 17 do CP) etc.

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal

> o fato aconteceu, mas o acusado estava viajando no dia do ocorrido.

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

=> o fato aconteceu, mas não foi encontrado o objeto do crime. Ex.: faca, objeto da lesão.

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

=> o fato aconteceu, mas o réu agiu em legítima defesa, por exemplo. Aplicam-se também as hipóteses do art. 181 do CP.

VII – não existir prova suficiente para a condenação. *(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

=> fato aconteceu, mas as provas são frágeis. In dubio pro reo.

1. Pedidos subsidiários

*Desclassificação da conduta (*art. 419)

5ª) EXCEÇÕES

No processo penal permite-se que o acusado se defenda **diretamente**, quando, por exemplo, nega em seu interrogatório a autoria do fato que lhe foi imputado, e **indiretamente** nas hipóteses em que sua

manifestação é capaz de extinguir, modificar ou impedir a pretensão deduzida pelo autor, "ou simplesmente prorrogá-la, dilatá-la, protelá-la ou adiá-la" (CAPEZ, 2005, p. 347).

As *EXCEÇÕES*, cuja finalidade **é verificar a ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais,** é um meio de defesa indireto que pode **extinguir o processo** sem julgamento do mérito ou simplesmente **procrastinar seu curso**.

Quando extingue o processo, denomina-se "*Exceção Peremptória";* **quando prorroga o curso do processo**, denomina-se "*Exceção Dilatória*".

O art. 95 do CPP enumera as hipóteses em que se pode opor exceções.

> ***Art. 95***. *Poderão ser opostas as exceções de:*
>
> *I - **suspeição**;*
>
> *II - **incompetência de juízo**;*
>
> *III - litispendência;*
>
> *IV - **ilegitimidade de parte**;*
>
> *V - coisa julgada.*

No caso prático apresentado pela banca, uma das primeiras coisas que o candidato deve fazer é verificar se **o juiz é competente para apreciar o feito**, **se não é suspeito** ou se as **partes que propuseram a ação têm legitimidade**.

A REGRA é que, caso esteja **presente alguma das situações previstas no art. 95 do CPP**, o candidato deve **arguir NULIDADE**, para anular o processo, nos termos do art. 564 do CPP.

> ***Art. 564***. *A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
>
> *I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;*
>
> *II - por ilegitimidade de parte;*

Ocorrendo as hipóteses dos incisos I e II, haverá nulidade, conforme prevê o citado artigo.

5.a) EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

Sobre exceção de suspeição, o CPP dispõe no art. 254 que

> ***Art. 254***. *O* ***juiz dar-se-á por suspeito****, e, se não o fizer,* ***poderá ser recusado por qualquer das partes****:*
>
> *I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;*
>
> *II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;*
>
> *III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;*
>
> *IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;*
>
> *V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;*
>
> *VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.*

A exceção de suspeição **tem por finalidade a rejeição do juiz supostamente imparcia**l. Assim, havendo algum interesse ou sentimento pessoal capaz de interferir na solução da situação em deslinde, caso o magistrado não se dê por suspeito, poderão as partes recusá-lo (art. 254, CPP).

Além do juiz, pode-se arguir a suspeição de membro do MP, do perito e de jurados (arts. 105 e 106 do CPP).

FUNDAMENTO LEGAL

Art. 95, inciso I e art. 254 do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

Certamente o enunciado trará uma situação que se ajuste a uma das hipóteses do art. 254 do CPP.

COMPETÊNCIA

Juiz que apreciou o feito.

5.b) EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

Reza a CF, em seu art. 5º, incisos LIII e XXXVII:

> *XXXVII- Não haverá juízo ou tribunal de exceção;*
>
> *LIII- Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*

Trata-se do **principio do juiz natural,** o qual determina que ninguém será julgado senão por órgãos judiciais criados previamente e com competência prevista em lei.

A Exceção de Incompetência é o meio pelo qual a defesa **buscar anular o processo** (art. 564, I e II, do CPP) **ou sua extinção** (art. 397, IV, do CPP) sem o conhecimento do mérito e deve ser proposta quando o juiz for incompetente[11]. Tem como objetivo **demonstrar a incapacidade do órgão julgador** de conhecer e processualizar o feito.

FUNDAMENTO LEGAL:

Arts. 95, II e 108 do CPP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

Na prova da OAB dificilmente será cobrada essa peça, mas pode ocorrer que o enunciado traga uma situação de incompetência do juiz. **Ex**.: *um crime foi praticado por funcionário público federal no exercício da função, mas quem apreciou o feito foi o juiz da justiça estadual*. Nesse caso, o candidato deve arguir a incompetência do juiz. Esse pedido deve ser feito em *tese preliminar de mérito* para arguir a nulidade o processo (art. 564, I, do CPP).

PRAZO E FORMA

Quanto à forma ou prazo, dispõe o CPP:

> ***Art. 108.*** *A exceção de incompetência do juízo poderá ser oposta, VERBALMENTE ou POR ESCRITO, no* ***prazo de defesa.***

Entretanto, se a **incompetência for absoluta** (personae), pode ser alegada a qualquer tempo.

---

[11] Sobre competência, ver capítulo "ELABORANDO O RASCUNHO".

COMPETÊNCIA

Juiz que apreciou o feito.

TESES

Demonstrar que tal juiz não é competente para julgar o feito.

PEDIDO

Que seja julgada presente a exceção, remetendo os autos ao juiz cometente.

PECULIARIDADE DAS PEÇAS DE EXCEÇÕES

=>Se o pedido foi deferido, cabe RESE.

> ***Art. 581.*** *Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:*
>
> *II - que concluir pela incompetência do juízo;*

=>Se o pedido foi indeferido, cabe apelação.

> ***Art. 593****. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.*

5.c) EXCEÇÃO DE ILEGITIMIDADE DAS PARTES

O processo, para ter seu trâmite regularmente processado, um dos requisitos é que as **partes tenham legitimidade**, ou seja, que o **autor** seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional, e o **réu**, aquele contra o qual pode o autor pretender algo.

Quando a ação é proposta por quem não tem legitimidade, **ocorrerá nulidade do processo** (art. 564, II do CPP), devendo a parte prejudicada arguir a exceção de ilegitimidade das partes (art. 95, IV, do CPP).

HIPÓTESES

Várias são as hipóteses em que se pode **arguir *exceção de ilegitimidade das partes***, como, por exemplo:

a) nos crime de ação penal pública condicionada em que o MP ofereceu denúncia sem a manifestação da vítima;

b) a ação era de iniciativa privada, mas que não houve queixa do ofendido;

c) o querelante era incapaz ou não era o representante legal do ofendido;

d) era um caso de ação privada personalíssima, porém quem ofereceu a queixa não era sucessor da vítima.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

O enunciado do problema vai deixar claro que quem propôs a ação não possui legitimidade.

CASO PRÁTICO

Vejamos um **exemplo de ilegitimidade das partes**

> *(OAB CESPE 2008.3 – 2ª Fase- Adaptada) "ALESSANDRO, de 22 anos de idade,* ***foi denunciado pelo Ministério Público*** *como incurso nas penas previstas no art. 213, c/c art. 224, alínea b, do Código Penal, por crime praticado contra GEISA****, de 20 anos de idade****...." (*grifo nosso).

Por expressa previsão legal do art. 125 do Código Penal, o **crime de estupro é de iniciativa privada**. Portanto, deveria ser procedida mediante queixa dirigida ao juiz. O MP atuará na condição de *custos legis*. Jamais para oferecer denúncia. Portanto, é parte ilegítima nesse caso.

PECULIARIDADE

=>Se o pedido foi deferido, cabe RESE.

> ***Art. 581.*** *Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:*
>
> *II - que concluir pela incompetência do juízo;*

=>Se o pedido foi indeferido, cabe apelação.

> ***Art. 593****. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.*

FUNDAMENTO LEGAL:

Arts. 95, IV, 110 e 111 do CPP.

COMPETÊNCIA:

Juiz que apreciou o feito.

COMO FAZER A PEÇA NA PROVA

MUITA ATENÇÃO!

Na prova da OAB **NÃO há necessidade de se fazer a peça de exceção**. Mas **apenas alegar nulidade do processo** em PRELIMINAR DE MÉRITO, nos termos do art. 564, II do CPP. Todavia, na prova da OAB, deve se esperar de tudo.

Pode ocorrer que a banca traga uma situação em que seja necessário que o candidato elabore também uma peça de exceção. Assim, essa peça deve ser feita no próprio caderno de resposta.

6ª) HABILITAÇÃO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – ART. 288

A REGRA é que, na prova da OAB, o **candidato atue como advogado de defesa**. Entretanto, há situações em que ele deve atuar como advogado de acusação, por exemplo, nos crimes de **ação penal privada**; ou mesmo como assistente de acusação, no caso de **ação penal pública**.

Como sabemos, nos **crimes de ação penal pública**, o titular da ação penal é o Ministério Público, a ele cabe intentar a ação penal. Contudo, o ofendido ou seu representante legal, ou em sua falta, o CADI, poderá pedir para intervir no processo penal a fim de auxiliar o MP, por exemplo, para obter a satisfação do direito à reparação do dano causado pelo crime. Trata-se da figura denominada de "**assistente da acusação**", que deverá agir sempre que necessária sua participação.

No que se refere ao "**assistente de acusação**", o CPP dispõe que:

> ***Art. 268.*** *Em todos os termos da AÇÃO PÚBLICA, poderá intervir, como* ***assistente do Ministério Público****, o* ***ofendido*** *ou seu* ***representante legal****, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.*

> ***Art. 31.*** *No caso de* ***morte do ofendido*** *ou quando* ***declarado ausente*** *por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao* ***cônjuge, ascendente, descendente ou irmão****.*

COMO ISSO OCORRE?

Digamos que o juiz recebeu a denúncia e, após oferecimento da Resposta à Acusação, absolveu o acusado, todavia o MP nada fez para reverter a decisão do juiz. Neste caso, o assistente de acusação pode interpor o recurso de **apelação**.

PRAZO PARA O ASSISTENTE SE HABILITAR

A Súmula 448 do STF dispõe que "*O prazo para o assistente recorrer supletivamente começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do MP*".

Por sua vez, o STJ se posicionou no seguinte termo:

> *O* ***prazo para o assistente de acusação habilitado*** *nos autos apelar é de* ***5 (cinco) dias****, após a sua intimação da sentença, e terminado o prazo para o Ministério Público apelar. Incidência do enunciado da Súmula n.º 448 do STF. STJ. 5ª Turma. HC 237574/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/11/2012.*

Já o CPP dispõe que

> ***Art. 269.*** *O assistente será admitido* ***enquanto não passar em julgado a sentença*** *e receberá a causa no estado em que se achar.*
>
> ***Art. 430.*** *O assistente* ***somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias*** *antes da data da sessão na qual pretenda atuar.*

Atenção para a exceção à regra!

> ***Art. 598.*** *Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular,* ***se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal****, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.*

Embora a REGRA seja que o **assistente, para intervir, deve habilitar-se**, o art. 598 do CPP determina que, se o **MP não recorrer da**

decisão condenatória, o ofendido ou CADI (art. 31 do CPP) poderá interpor **apelação**, independentemente de ser ter habilitado como assistente.

ATRIBUIÇÕES DO ASSISTENTE

Além de poder **apelar**, o assistente tem outras atribuições, conforme prevê o art. 271 do CPP:

> ***Art. 271****. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.*

FUNDAMENTO LEGAL

Art. 268 do CPP.

COMA SABER SE HÁ NECESSIDADE DE SE HABILITAR COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

=> O problema deixará claro que o **MP não recorreu da sentença** proferida pelo magistrado e o candidato, como advogado, deve habilitar-se como assistente da acusação para impugnar a decisão.

PECULIARIDADE DA PEÇA

O pedido de habilitação deve ser feito em peça apartada. Mas, no caso da prova da OAB, esse pedido é feito na própria folha de resposta.

COMPETÊNCIA

Juiz da causa.

CASO PRÁTICO

Grávida de nove meses, Ana entra em trabalho de parto, vindo dar à luz um menino saudável, o qual é imediatamente colocado em seu colo. Ao ter o recém-nascido em suas mãos, Ana é tomada por extremo furor, bradando aos gritos que seu filho era um “monstro horrível que não saiu de mim” e bate por seguidas vezes a cabeça da criança na parede do quarto do hospital, vitimando-a fatalmente.

Após ser dominada pelos funcionários do hospital, Ana é presa em flagrante delito.

Durante a fase de inquérito policial, foi realizado exame médico-legal, o qual atestou que Ana agira sob influência de estado puerperal. Posteriormente, foi denunciada, com base nas provas colhidas na fase inquisitorial, sobretudo o laudo do expert, perante a 1ª Vara Criminal/Tribunal do Júri pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado, haja vista ter sustentado o Parquet que Ana fora movida por motivo fútil, empregara meio cruel para a consecução do ato criminoso, além de se utilizar de recurso que tornou impossível a defesa da vítima. Em sede de Alegações Finais Orais, o Promotor de Justiça reiterou os argumentos da denúncia, sustentando que Ana teria agido impelida por motivo fútil ao decidir matar seu filho em razão de tê-lo achado feio e teria empregado meio cruel ao bater a cabeça do bebê repetidas vezes contra a parede, além de impossibilitar a defesa da vítima, incapaz, em razão da idade, de defender-se.

A Defensoria Pública, por sua vez, alegou que a ré não teria praticado o fato e, alternativamente, se o tivesse feito, não possuiria plena capacidade de autodeterminação, sendo inimputável. Ao proferir a sentença, o magistrado competente entendeu por bem absolver sumariamente a ré em razão de inimputabilidade, pois, ao tempo da ação, não seria ela inteiramente capaz de se autodeterminar em consequência da influência do estado puerperal. Tendo sido intimado o Ministério Público da decisão, em 11 de janeiro de 2011, o prazo recursal transcorreu in albis sem manifestação do Parquet.

Em relação ao caso acima, você, na condição de advogado(a), é procurado pelo pai da vítima, em 20 de janeiro de 2011, para habilitar-se como assistente da acusação e impugnar a decisão.

Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija a peça cabível, sustentando, para tanto, as teses jurídicas pertinentes, datando do último dia do prazo. **(OAB/ VII Exame/FGV/2012.1)**

PADRÃO DE RESPOSTA / ESPELHO DE CORREÇÃO

Gabarito comentado:

O candidato deve redigir uma apelação, com fundamento no artigo 593, I CPP (OU art. 416 CPP) c/c 598 do CPP.

A petição de interposição deve ser endereçada ao Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal/Tribunal do Júri.

Na petição de interposição da apelação, o candidato deverá requerer a habilitação do pai da criança como assistente de acusação.

Acerca desse item, cumpre salientar que será atribuída a pontuação respectiva se o pedido de habilitação tiver sido feito em peça apartada.

Todavia, também resta decidido que não será pontuado o item relativo à estrutura se o indivíduo que solicitar a habilitação como assistente de acusação não possuir legitimidade para tanto.

Por fim, a petição de interposição deverá ser datada de 31/01/2011 OU 01/02/2011.

No tocante às razões recursais, as mesmas deverão ser dirigidas ao Tribunal de Justiça.

Nelas, o examinando deve argumentar que o juiz não poderia ter absolvido sumariamente a ré em razão da inimputabilidade, porque o Código de Processo Penal, em seu artigo 415, parágrafo único, veda expressamente tal providência, salvo quando for a única tese defensiva, o que não é o caso, haja vista que a defesa também apresentou outra tese, qual seja, a de negativa de autoria.

Também deverá argumentar que a incidência do estado puerperal não é considerada causa excludente de culpabilidade fundada na ausência de capacidade de autodeterminação. O estado puerperal configura elementar do tipo de infanticídio e não causa excludente de imputabilidade/culpabilidade.

As duas teses principais da peça, acima citadas, somente serão passíveis de pontuação integral se preenchidas em sua totalidade, descabendo falar-se em respostas implícitas.

Do mesmo modo, deverá o examinando, em seus pedidos, requerer a reforma da decisão com o fim de se pronunciar a ré pela prática do delito de infanticídio, de modo que seja ela levada a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ao final, também deverá datar corretamente as razões recursais.

Acerca desse ponto, tendo em vista o prazo de três dias disposto no art. 600, § 1º, do CPP, serão aceitas as seguintes datas nas razões: 31/01/2011; 01/02/2011; 02/02/2011; 03/02/2011 e 04/02/2011 (essa última data só será aceita se a petição de interposição tiver sido datada de 01/02/2011).

Cumpre salientar que tais datas justificam-se pelo seguinte: o dia 16 de janeiro de 2011 (termo final do prazo recursal para o Ministério Público) foi domingo e por isso o termo inicial do assistente de acusação será dia 18 de janeiro de 2011 (terça-feira), terminando em 1º de fevereiro de 2011. Todavia, considerando que nem todos os examinandos tiveram acesso ao calendário no

momento da prova, permitiu-se a contagem dos dias corridos e, nesse caso, o prazo final para a interposição da apelação seria dia 31 de janeiro de 2011.

Por fim, ainda no tocante ao item da data correta, somente fará jus à respectiva pontuação o examinando que acertar as hipóteses (petição de interposição e razões recursais).

II) PEÇAS DE RECURSOS

Diferentemente das peças de defesa, nesta fase **há uma decisão que cabe recurso, ou seja, ainda NÃO transitou em julgado**.

Podem ser direcionadas ao:

A) P*róprio juízo do feito*
- 1ª) Recurso em Sentido Estrito - RESE
- 2ª) Apelação
- 3ª) Embargos de Declaração

entre outra.

B) *Tribunal*
- 1ª) Embargos de Declaração de Acórdão
- 2ª) Embargos Infringentes ou e de Nulidade
- 3ª) Recurso Ordinário Constitucional - ROC
- 4ª) Recurso Especial
- 5ª) Recurso Extraordinário

C) *Escrivão* – Carta Testemunhável

PECULIARIDADES DAS PEÇAS DE RECURSOS:

Por terem como OBJETIVO **buscar o reexame ou reforma da decisão do juízo *a quo*** pelo juízo *ad quem*, tais peças têm algumas peculiaridades que as diferenciam das demais anteriormente estudadas. Vejamos.

⇨ **Proibição da *reformatio in pejus***: A situação do acusado não pode ser agravada em julgamento de **recurso exclusivo da defesa** (617 do CPP)

⇨ As partes não são obrigadas a recorrer. Os recursos são **sempre voluntários**

⇨ Há **juízo de admissibilidade**. Para que o recurso possa ser examinado, devem estar presentes alguns pressupostos, tais como cabimento, tempestividade, adequação etc.

⇨ Em regra, são feitas em **duas peças**. Pode se dizer que existem **dois juízos competentes**:

1º) ***Juízo a quo*** (juiz da causa), a quem será direcionada a **peça de interposição**, e

2º) ***Juízo ad quem*** (tribunal), a quem deve ser direcionadas as **razões de recurso**.

A) DIRECIONADAS AO PRÓPRIO JUÍZO DO FEITO

Juiz do feito é o juiz que proferiu a sentença, o qual é competente para julgar os seguintes recursos:

1º) Recurso em sentido estrito – RESE

1ºA) No rito comum

1ºB) No rito do júri

1ºC) outras hipótese

2º) Apelação

2ºA) No rito comum

2ºB) No rito do júri

2ºC) No procedimento sumaríssimo

3º) Embargos de declaração

entre outra.

Vejamos.

1º) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - RESE

Denunciado, a acusado se defende por meio da **resposta à acusação**. Caso não obtenha êxito em sua defesa, é marcada audiência de instrução e julgamento (art. 400 do CPP). Caso o juiz entenda que o caso é complexo ou haja vários acusados (art. 403, § 3º, do CPP), concede prazo de **5 dias** para as partes apresentarem **memoriais** e, proferir **sentença em 10 dias.**

Prolatada a sentença condenatória, é hora de apresentar **RESE** ou **Apelação**, que vai depender do tipo de sentença.

RESE OU APELAÇÃO?

O § 4º do art. 593 do CPP dispõe que

> *"**Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito**, ainda que somente de parte da decisão se recorra."* (grifo nosso)

Portanto, a regra é que, **proferida sentença, cabe apelação**. Entretanto, no que cabe RESE não cabe apelação.

Assim, **sempre que houve uma sentença**, deve-se primeiramente verificar **o art. 581 do CPP -** já que o **rol nele apresentado é taxativo** - e, caso a decisão não se encaixe nesse rol, deve-se analisar o art. 593 do CPP se certificar se caso de apelação.

NÃO ESQUEÇA: Se a decisão do juiz não se encaixar no rol do Art. 581 do CPP, não faça RESE.

O RESE, em regra, **é cabível contra decisões interlocutórias[12].** Porém, em determinados casos, é cabível contra **decisões definitivas[13]**, **com força de definitiva[14]** (ex.: rejeição de denúncia) e **terminativa[15]** (ex.: pronúncia).

PECULIARIDADES DO RESE

É composto por **duas partes**: interposição e razões.

Cabe RETRATAÇÃO. Ou seja, deve-se pedir ao magistrado que reexamine sua decisão (art. 589[16], CPP).

Exemplo: *Requer seja recebido e processado o presente recurso e, **caso vossa excelência entende em mantenha sua decisão**, seja encaminhado ao Egrégio Tribunal de Justiça.*

FIQUE ATENTO: Jamais esqueça de fazer o pedido de juízo de retratação.

---

[12] **Decisões interlocutórias** são todas aquelas decisões que não põem fim ao processo. Como são decisões, cabe recurso.

[13] **decisões definitivas** são aquelas que põe fim ao processo com julgamento do mérito.

[14] **Decisão interlocutória mista terminativa**: encerra o processo sem julgamento do mérito, como a decisão que rejeita a denúncia, de impronúncia ou que reconhece a menoridade do réu.

[15] **Decisão interlocutória mista não terminativa**: resolve uma questão processual, sem encerrar qualquer fase do processo e sem julgar o mérito, como a decisão de pronúncia.

[16] **JUIZO DE RETRATAÇÃO**. CPP: *Art. **589**. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que Ihe parecerem necessários.*

1º-A) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NO RITO COMUM - ART. 581 DO CPP

HIPÓTESES DE CABIMENTO:

As hipóteses de cabimento de RESE estão previstas no art. 581 do CPP.

> ***Art. 581.*** *Caberá* ***recurso, no sentido estrito,*** *da decisão, despacho ou sentença:*

I - ***Que não receber a denúncia ou a queixa****;*

As hipóteses em que o **juiz deve rejeitar a denúncia** estão previstas no art. 395 do CPP.

O ***não recebimento*** pode ocorrer em razão do não cumprimento dos requisitos formais do art. 41 do CPP (é hipótese de não recebimento). Tal decisão **é interlocutória mista terminativa e não enfrenta o mérito** – faz apenas coisa julgada formal, **admitindo-se, então, renovação da peça acusatória**.

Portanto, a ***rejeição*** da denúncia ou queixa cuida da ausência das condições da ação ou pressupostos processuais (Art. 395, II e II) (a inépcia admite nova postulação).

> ***ATENÇÃO!*** A **decisão que recebe a denúncia ou queixa é irrecorrível**, mas cabe HC. Porém, se rejeitada em **crime de imprensa**, caberá APELAÇÃO.

Denúncia recebida parcialmente

> ***MUITO CUIDADO COM A PEGADINHA****!!*
>
> Vejamos um exemplo prático:
>
> *Xisto é denunciado pelo Ministério Público por crimes de peculato e prevaricação. Após a autuação, o Magistrado competente, em decisão fundamentada, recebe parcialmente a denúncia. (TRE-CE–Anal.Judiciário–Área Judiciária-FCC/2012)*
>
> Se o Magistrado recebeu parcialmente a denúncia, então ele também a recusou parcialmente. Logo, caberá RESE.

Infração de menor potencial ofensivo

MUITA ATENÇÃO!!

Caso se trate de **infração de menor potencial ofensivo**, da decisão de **rejeição da denúncia ou queixa**, cabe APELAÇÃO (art. 82 da Lei 9.099/95).

Veja a PEGADINHA!!

Moacir foi conduzido ao Distrito Policial acusado de praticar crime de desacato, pois teria xingado um Policial Militar quando foi abordado em uma operação bloqueio da "Lei Seca" na cidade de São Paulo. ***Foi lavrado o respectivo Termo Circunstanciado*** *e encaminhado ao Fórum local. Moacir ostenta vasta folha de antecedentes criminais e não fazia jus a qualquer benefício legal. O Ministério Público ofereceu, então, denúncia contra Moacir, acusando-o de praticar o delito em questão (desacato). Designada audiência de instrução, debates e julgamento, o acusado foi regularmente citado e compareceu ao ato acompanhado de seu advogado. Iniciado o ato processual, o Magistrado concedeu a palavra ao advogado de Moacir para responder aos termos da denúncia. Em seguida, o Magistrado, em decisão fundamentada,* ***rejeitou a denúncia*** *apresentada pelo Ministério Público.*

Observe que o **magistrado rejeitou a denúncia**; Logo, a regra é RESE. Mas perceba que **foi lavrado termo circunstanciado,** significando dizer que a infração é de menor potencial ofensivo; portanto, **cabe apelação** nos termos do art. 82 da Lei 9.099/95 e não RESE.

II - ***Que concluir pela incompetência do juízo****;*

Trata-se da hipótese em que o juiz reconhece de ofício sua incompetência e determina a remessa ao juízo devidamente competente (art.109 do CPP), sem que tenha sido arguida pelas partes. Trata-se de uma **Interlocutória simples.**

CUIDADO!! Da decisão do **juiz que se dá por incompetente não cabe recurso**. Entretanto, pode se **impetrar HC**.

III - ***Que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;***

Se a parte arguiu exceção(art. 95 do CPP) que não seja a de suspeição e o pedido foi deferido, cabe RESE.

CUIDADO!! Quando **rejeitadas, as exceções são irrecorríveis**. Podem, no entanto, ser objeto de HC ou ser alegada em preliminar.

*IV – **Que pronunciar o réu**;*

É a situação em que, estando previstos os requisitos do art. 413 do CPP, o juiz manda o acusado para o tribunal do júri, ou seja, encerra a 1ª fase do júri. Nessa situação cabe RESE, cujo **objetivo da defesa é evitar que o caso vá para a 2ª fase**.

Assim, se o **réu for pronunciado**, deverá se manifestar por meio de RESE. Todavia, se foi **impronunciado** (art. 414) ou **absolvido sumariamente** (art. 415) a peça será ***apelação***, conforme previsão do art. 416 do CPP.

> ***Art. 416.*** *Contra a sentença de **impronúncia** ou de **absolvição sumária** caberá **APELAÇÃO**.*

*V - **Que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;***

Trata-se de decisões interlocutórias simples em que o juiz toma alguma das decisões acima.

> ***CUIDADO!!*** Da decisão que **decretar prisão preventiva**, **indeferir pedido de relaxamento do flagrante** ou que **não conceder** a **liberdade provisória**, **NÃO cabe recurso**, MAS pode se impetrar **HC**.
>
> Se a **fiança tiver sido negada** ou **prestada na polícia**, o RESE só é cabível depois de decisão judicial sobre a mesma.

VI - (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)

*VII - **Que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor**;*

Tem-se como exemplo a situação em que o acusado não se apresenta para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta (art. 344 do CPP) e, por isso o juiz decide por quebrar a fiança. Nesse caso, cabe RESE. É uma decisão nterlocutória simples.

VIII - ***Que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade****;*

São as situações previstas no art. 107 do CP. Assim, se o acusado interpõe recurso de apelação com fundamento na extinção da punibilidade e o pedido é deferido, cabe RESE.

Trata-se de sentença terminativa de mérito, pois encerra o processo com julgamento de mérito, sem condenar ou absolver o réu.

> ***MUITA ATENÇÃO!!*** Se a **sentença for proferida na fase de execução da pena**, o recurso cabível é o de AGRAVO DE EXECUÇÃO (art. 197 da LEP – Lei nº 7.210/84).

IX - ***Que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;***

Nas mesmas condições do inciso VIII. Todavia, nesse caso o pedido é indeferido.

X - ***Que conceder ou negar a ordem de habeas corpus****;*

Sempre que haja sido negado ou concedido pedido de HC pelo juiz de 1º grau, o recurso cabível será RESE. Trata-se de uma decisão interlocutória mista terminativa

> ***MUITO CUIDADO!!*** Quando a decisão negada for do tribunal em grau de recurso, **cabe recurso ordinário (ROC)** para o STJ. Quando a decisão do tribunal for originária, caba ROC para o STF.

~~*XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;*~~

~~*XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;*~~

XIII - ***Que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte****;*

Trata-se de decisão pela qual o juiz declara nulo o processo, no todo ou em parte.

Se não anular, cabe HC (art. 648, II, do CPP).

> ***ATENÇÃO!!*** A defesa pode recorrer, mesmo quando o processo é anulado desde o início, pois pode entender que seria segura sua absolvição.

XIV - ***Que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir****;*

A decisão pela qual é composta a lista geral não guarda relação direta com qualquer processo, uma vez que é ato referente à organização do júri.

Publicada a lista de jurados, o MP, ou qualquer pessoa que tenha interesse, pode interpor o RESE **no prazo de 20 dias**, ao presidente do tribunal do júri, (art. 586, p. único, do CPP) para excluir ou incluir jurados na lista.

CUIDADO!! **RESE com fundamento no inciso XIV**

Em REGRA, o **RESE** deve ser dirigido ao **tribunal** no prazo de **5 dias** (art. 586 do CPP), SALVO no caso dos incisos V, X e XIV. O parágrafo único do art. 582 do CPP determina que o recurso, no caso do inciso XIV, será para o **presidente do tribunal** e deve ser interposto no prazo de **20 dias**, conforme art. 586, p. único do CPP. Assim, em se tratando de RESE com fundamento no inciso XIV, a interposição deve ser direcionada ao presidente do tribunal do júri, no prazo de 20 dias.

XV - ***Que denegar a apelação ou a julgar deserta****;*

Trata-se de decisão interlocutória simples em que, por algum motivo, o juiz **nega seguimento à apelação.** Daí porque se entende que o magistrado pode realizar juízo de admissibilidade do recurso para verificar se estão presentes os pressupostos recursais, decidindo pelo recebimento ou não do apelo.

É exceção à regra, segundo a qual **é cabível carta testemunhável** como meio de impugnar decisão que nega seguimento a recurso. Assim, se o juiz não recebe o RESE interposto contra a decisão que negou o seguimento à apelação, poderá a parte valer-se da **carta testemunhável**.

Ressalte-se que o RESE, evidentemente, volta-se apenas contra a decisão pela qual se julgam ausentes os pressupostos da apelação e não contra a sentença apelada.

ATENÇÃO!! O recurso é considerado ***deserto*** quando o apelante deixa de pagar as custas no prazo do art. 806, § 2º, CPP, ou por falta de pagamento das despesas de traslado na hipótese de apelação por instrumento (art. 601, §§ 1º e 2º, do CPP)

XVI - ***Que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial****;*

As chamadas questões prejudiciais são na verdade questões jurídicas decididas no juízo cível, e que condicionam a existência ou não

da infração penal posta sob julgamento no processo. A lei prevê a questão prejudicial relativa ao estado civil das pessoas (art. 92, CPP), a qual obriga a suspensão do processo.

Portando, se houve **decisão determinando** a **suspensão do processo para a solução da questão prejudicia**l, deve-se combater com o RESE.

MUITO CUIDADO!

Decisão que **NEGA a suspensão do processo** dever ser objeto de preliminar de apelação ou HC, dependendo do caso.

PRESTE BASTANTE ATENÇÃO:

Se a decisão concede, nega ou revoga a **suspensão condicional da pena**, neste caso, o recurso será AGRAVO EM EXECUÇÃO (Art. 197, da Lei de Execução Penal).

Simplificando:

Nega **suspensão do processo** => apelação ou HC

Concede, nega ou revoga **suspensão condicional da pena** => Agravo em Execução.

~~*XVII - que decidir sobre a unificação de penas;*~~

XVIII - ***Que decidir o incidente de falsidade****;*

O incidente de falsidade, previsto nos arts. 145 a 148 do CPP, tem como objetivo a verificação da veracidade de documentos supostamente falsos anexados ao processo. Se esse pedido for julgado procedente, acarreta o desentranhamento do documento, o que, certamente, trará prejuízo para a parte. Assim, deve-se recorrer da decisão por meio de RESE.

Trata-se de decisão interlocutória mista terminativa, na medida em que resolve o mérito do incidente pondo fim a este último.

~~*XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado*~~

~~*XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra; (Ver LEP)*~~

~~*XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;*~~

~~*XXII - que revogar a medida de segurança;*~~

~~*XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;*~~

XXIV - ***Converter multa em detenção ou prisão simples.***

Não tem mais aplicação em decorrência do que prevê o art. 51 do CP.

AGRAVO EM EXECUÇÃO

MUITA ATENÇÃO!

No caso dos incisos XI, XII, XVII, XIX a XXIII, o recurso cabível será **agravo em execução**, conforme art. 197 da Lei 7.210/84 - LEP. Por isso **JAMAIS utilize o RESE para recorrer de uma decisão do juiz da Vara das Execuções**. Se o problema deixar claro que se trata de uma situação que se encaixa em um desses incisos, a peça será o Agravo em Execução nos termos do art. 197 da LEP – Lei de Execução Penal – Lei 7.220/1984).

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado do problema deixará claro que o **acusado foi intimado** de uma decisão, portanto, **há uma sentença que se encaixas em um dos incisos do art. 581**.

E como já frisamos, o candidato deve verificar primeiramente o rol do art. 581 do CPP. Caso não seja nenhuma das situações previstas nesse artigo, parte-se para o art. 593 para ver se se trata de apelação.

Não confundir RESE com Contrarrazões de RESE

Pode ocorrer que o enunciado da questão deixe claro que o juiz prolatou uma decisão (v.g. rejeitou a denúncia – art. 581, I) e o **MP recorreu** dessa decisão. Nesse caso, como o MP antecipou-se e apresentou seu recurso, o candidato deve fazer as **CONTRARRAZÕES DE RESE**, com fundamento no art. 588 do CPP**,** conforme veremos mais adianta.

COMPETÊNCIA:

Interposição: deve ser direcionada ao juiz

Razões: direcionadas ao Egrégio Tribunal

PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO:

Interposição: regra: **5 dias** (art. 586, CPP), a conta da data da intimação.

=>*Exceção*: 20 dias (art. 581, XIV, CPP)

CUIDADO: Não se esquecer das **súmulas 699 e 700 do STF**

Razões: 2 dias (art. 588, CPP)

LEGITIMADOS A INTERPOR O RESE

Ministério Público, querelante, réu, procurador ou defensor (art. 577 do CPP).

TESES:

a) Em sede de Preliminar:

Extinção da punibilidade (art. 107, CP) => leva a extinção do processo.

Nulidade (art. 564 do CPP, inciso conforme o caso)

b) Em sede de Mérito:

Absolvição – art. 386 ou, no caso de assistente de acusação, condenação.

Desclassificação da conduta

DDRBDL (trataremos esse assunto mais adiante)

PEDIDOS:

Interposição: deve-se requerer o *recebimento*, o *processamento do recurso* e a *reforma da decisão recorrida*. Deve-se ainda requerer ainda, que, *caso seja mantida a decisão*, *seja remetido o recurso ao Tribunal* (juízo de retratação).

Razões: Genericamente deve-se requerer a reforma da decisão recorrida e a concessão do direito que havia sido negado.

CASOS PRÁTICOS

Caso prático 1:

Adão ofereceu uma queixa-crime contra Eva por crime de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, IV). A queixa preenche todos os requisitos legais e foi oferecida antes do fim do prazo decadencial. Apesar disso, há a rejeição da inicial pelo juízo competente, que refere, equivocadamente, que a inicial é intempestiva, pois já teria transcorrido o prazo decadencial. (OAB/1ª fase/2012)

Resposta:

O enunciado deixa claro que a denúncia preenche todos os requisitos do art. 395 do CPP e que, mesmo assim, foi rejeitada. Verificando primeiro o art. 581 do CPP - já que é um rol taxativo - percebe-se que a situação se encaixa no inciso I do citado artigo. Logo, a peça será RESE com fundamento nesse inciso,

Caso prático 2:

João foi acusado pelo Ministério Público de praticar homicídio qualificado por motivo fútil porque disparou tiros que atingiram Pedro, seu amigo, e causaram-he a morte, assim agindo porque este cuspira, em brincadeira, no seu rosto. Na decisão de pronúncia, o juiz, além de admitir a qualificadora do motivo fútil, acrescentou, ainda, a qualificadora da traição porque, segundo a prova colhida, João mentira para Pedro, convidando-o para almoçar em sua casa e, aproveitando-se de momento em que ele estava sentado à mesa, atingiu-o pelas costas.

QUESTÃO: Como advogado de João, verifique o que pode ser feito em sua defesa e, de forma fundamentada, postule o que for de seu interesse por meio de peça adequada. (OAB/SP – 125º Exame de Ordem)

Resposta:

Veja que o problema deixa claro que **houve uma sentença**, qual seja: **decisão e pronúncia**, se limitando a dizer que o juiz levou em consideração algumas qualificadoras. Ou seja, o réu foi pronunciado. Logo, a peça cabível será o RESE, com fundamento no art. 581, cujo objetivo será pedir o afastamento das qualificadoras.

1ª-B) RESE NO JÚRI – ART. 581, IV

Diferentemente do procedimento comum, em que a **resposta à acusação** deve ser fundamentada no art. 396, nos **crimes dolosos contra a vida** (procedimento especial), a RA é fundamentada no **art. 406 do CPP**.

> ***Art. 406.*** *O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para* ***responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias****.*

Como já dissemos, a Resposta à Acusação (RA) **é primeira defesa** que deve ser apresentado pelo acusado.

Após apresentada a RA, dependendo do caso, o juiz pode adotar o que determina o §3º, do art. 403, do CPP:

> *§ 3º O juiz poderá,* ***considerada a complexidade do caso ou o número de acusados****, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a* ***apresentação de memoriais****. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.*

Caso seja adotada essa providência, o réu deve apresentar sua **segunda defesa no processo**, que consiste em **MEMORIAIS**.

Após a apreciação dos memoriais, o juiz poderá:

a) **Impronunciar o réu**, no caso de não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 414 do CPP);

=>***Cabe apelação*** *(art. 416 do CPP)*

b) **Absolver sumariamente o réu** (art. 415), se:

I – provada a inexistência do fato,

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato,

III – o fato não constituir infração penal; ou

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime;

=>***Cabe apelação*** *(art. 416 do CPP);*

d) **Desclassificar a infração** para outro crime cujo julgamento não compete ao Tribunal do Júri - Art. 419 do .

> ***Art. 419.*** *Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código* ***e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.*** *(Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 74****. ...*
>
> *§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.*

=> ***Caber RESE*** *(art. 581, II do CPP)*

A **hipótese de desclassificação** ocorre quando ao juiz entende que não é o Tribunal do Júri competente para julgar o caso[17]. Ex.: o acusado praticou homicídio, porém sua conduta se deu de forma culposa.

Acatado o pedido da defesa, o juiz deve remeter o processo para o juiz singular, conforme determina a parte final do art. 419 do CPP.

Como o juiz da vara do júri não é competente para julgar crime de homicídio na forma culposa, este deve dar-se por incompetente, remeter os autos ao juiz cometente para julgar o feito (parte final do art. 419, CPP) e, c**aso não o faça, a defesa deve recorrer por meio do RESE**, nos termos do art. 581, II, do CPP.

> ***MUITO CUIDADO:*** Se for o **Plenário do Júri que reconheceu a desclassificação**, o recurso cabível contra a decisão será **Apelação** com fulcro no artigo 593, inciso III, do CPP.

c) **PRONUNCIAR O RÉU**, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413 do CPP).

=>***Cabe RESE*** *(art. 581, IV, do CPP);*

---

[17] ***CP: Art. 109.*** *Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.*

PRONÚNCIA DO RÉU => RESE NO ART. 581, IV

Caso o réu seja **pronunciado**, entramos na **2ª fase do júri**. **É hora de interpor RESE** com fundamento no art. 581, IV, do CPP, *in verbis:*

> ***Art. 581.*** *Caberá* ***recurso, no sentido estrito****, da decisão, despacho ou sentença:*
>
> *IV –* ***que pronunciar o réu****;*

PECULIARIDADES DO RESE COM FUNDAMENTO NO ART. 581, IV, DO CPP:

Preste muita atenção nas dicas a seguir, pois este peça tem sido bastante cobrada pela banca.

PEDIDOS A SEREM FEITOS EM TESE PRELIMINAR:

O **RESE no júri** só comporta três pedidos na **tese de mérito**:

1º) absolvição,

2º) desclassificação da conduta ou

3º) impronúncia

Ou seja, **contra a decisão de pronúncia**, deve-se pedir a absolvição sumária, desclassificação da conduta ou a impronúncia. Vejamos.

1º) ABSOLVIÇÃO – Art. 415 do CPP

Para que se possa **pleitear a absolvição**, há de se **demonstrar ausência dos requisitos do art. 413** e o **que caso se encaixa em alguns dos incisos do art. 415 do CPP**.

> ***Art. 413****. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> ***Art. 415****. O juiz, fundamentadamente,* ***absolverá desde logo o acusado****, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*

I – ***Provada a inexistência do fato****;*

O crime não ocorreu.

*II – **Provado não ser ele autor ou partícipe do fato;***

Está devidamente provado que o réu não praticou e nem participou o fato.

*III – **O fato não constituir infração penal***

O fato até aconteceu, mas é atípico; ou seja, não é punível. Ex.: crime impossível (matou o morto)

*IV – **Demonstrada causa de isenção de pena[18] ou de exclusão do crime[19].***

São as hipóteses de:

a) erro de proibição (art. 21, caput, CP);

b) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, CP);

c) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, CP);

d) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP);

e) inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, CP);

f) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Portanto, em memoriais no júri, para pleitear a **absolvição** do acusado **deve se demonstrar pelo menos uma das situações previstas no art. 415 do CPP.**

2º) DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA OUTRO DELITO – Art. 419 do CPP

Entretanto, comprovado que o **acusado realmente praticou o fato** e que não estava amparado por alguma causa de exclusão da ilicitude, **não será possível pleitear sua absolvição**, mas pode-se tentar a **desclassificação da conduta,** por exemplo, agiu com culpa e não com dolo.

Caso seja possível demonstrar que o crime praticado pelo acusado não é de competência do tribunal do júri, deve-se requerer a desclassificação da conduta e pedir para o juiz remeter o processo para o juiz competente, conforme previsão dos art. 419 c/c § 3º do art. 74 do CPP.

[18] Trata-se de excludente de culpabilidade.

[19] Trata-se de excludente de ilicitude (art. 23, CP).

> ***Art. 419.*** *Quando* ***o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso*** *dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> ***Art. 74.***
>
> *§ 3º Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 2º).*

ATENÇÃO!

Caso o **pedido de desclassificação seja <u>deferido</u> ou <u>indeferido,</u>** entendemos caber APELAÇÃO, em razão do que dispõe o art. 593, II, do CPP:

> ***Art. 593****. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;* (o capítulo anterior que aduz o inciso se refere ao RESE).

3º) Impronúncia – Art. 414 do CPP

No caso de existir dúvida quanto à prática do fato pelo acusado, o juiz, em decorrência do *princípio in dubio pro reo,* deve impronunciar o réu*.*

> ***Art. 414.*** *Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.*

Pacelli leciona que

> *Quando o juiz, após a instrução, não vê ali demonstrada sequer a existência do fato alegado na denúncia, ou, ainda, não demonstrada a existência de elementos indicativos da autoria do aludido fato, a decisão haverá de ser de impronúncia ou de improcedência da peça acusatória (denúncia ou queixa).* [20]

Desta forma, **inexistindo provas quanto à existência do fato ou ausência de elementos que demonstre a autoria ou participação do acusado**, pelo <u>princípio do *in dubio pro reo*</u> e o que prevê ainda o art.

[20] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. CURSO DE PROCESSO PENAL. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 546.

155[21] do CPP, deve se **requerer a impronúncia do acusado**, nos termos do art. 414 do CPP.

Réu impronunciado ou absolvido cabe APELAÇÃO, conforme determina o art. 416 do CPP.

Art. 416. *Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá APELAÇÃO.*

COMPETÊNCIA:

Interposição: deve ser direcionada ao juiz da vara do júri

Razões: direcionadas ao Egrégio tribunal

PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO:

Interposição: regra: **5 dias** (art. 586, CPP), a conta da data da intimação.

=>*Exceção*: 20 dias (art. 581, XIV, CPP)

CUIDADO: Não se esquecer das **súmulas 699 e 700 do STF**

Razões: 2 dias (art. 588, CPP)

TESES:

Preliminar

No caso de pronúncia, demonstrar a ausência dos requisitos do art. 413 e o que o caso se encaixa em um dos inciso do art. 415, ambos do CPP.

PEDIDO:

Que o acusado seja absolvido (art. 415, CPP), ou impronunciado (art. 414, CPP) ou que seja haja desclassificação da conduta (art. 419)

---

[21] **Art. 155**. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Modelo:

Diante do exposto, requer seja CONHECIDO e PROVIDO[22] *o presente recurso, para:*

*...**absolver** o réu com fundamento no art. 415 do CPP, bem como... .... como medida de inteira justiça.*

Ou

*... que seja revista a decisão de pronúncia e operada a **desclassificação do delito** de homicídio doloso para culposo, remetendo os autos ao juiz compete nos termos do art. 419 do CPP, como medida de inteira justiça.*

Ou ainda

*... **impronunciar** o réu com fundamento no art. 414 do CPP, como medida de inteira justiça.*

1ª-C) OUTRAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE RESE

Além das hipóteses previstas do art. 581 do CPP, a legislação extravagante traz outras situações passivas de cabimento de RESE. Vejamos algumas delas.

a) Hipótese de cabimento de RESE no CTB:

O Código de Trânsito Brasileiro – Lei 9.503/1997, em seu art. 294, parágrafo único, prevê a hipótese de cabimento de RESE, *in verbis*:

> ***Art. 294**. **Em qualquer fase da investigação ou da ação penal**, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, **decretar,** em decisão motivada, **a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção**.(grifei)*
>
> *Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, **caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo**. (grifei)*

[22] **ATENÇÃO** para essas duas palavras (**conhecido e provido**). Na peça de recursos elas são indispensáveis.

Assim, se houver alguma situação em que o juiz decreta a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de obtenção da mesma, o recurso cabível contra essa decisão será RESE, com fundamento no parágrafo único do art. 294 do CPP.

b) LEI Nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação)

> ***Art. 44****. O juiz pode receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, após a defesa prévia, e, nos crimes de ação penal privada, em seguida à promoção do Ministério Público.*
>
> *§ 1º A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal.*
>
> *§ 2º Contra a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa cabe recurso de apelação e,* ***contra a que recebê-la, recurso em sentido estrito*** *sem suspensão do curso do processo.*

c) Lei Nº 1.508, de 19 de dezembro de 1951 (Regula o Processo das Contravenções definidas nos art. 58 e 60 do Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944**)**

> *Art. 6º Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do Art. 27 do Código do Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais.*
>
> *Parágrafo único.* ***Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito****.*

1ª-D) CONTRARRAZÕES DE RESE – ART. 588 DO CPP

Contrarrazões de recurso em Sentido Estrito **é contradizer as teses do RESE apresentado pela acusação (MP)**.

Exemplificado: ***A*** foi denunciado pelo Ministério Público por ter matado ***B***. O juiz, ao analisar a denúncia verifica que é inconsistente(art. 395, CPP), razão pela qual a rejeita. Inconformado com essa decisão, o

MP recorre com base do art. 581, I, CPP pleiteando que o juiz receba a denúncia.

Para se contrapor aos argumentos do MP, o que a defesa deve fazer? Neste caso, deve apresentar as **contrarrazões de recurso.**

As Contrarrazões do RESE têm fundamento legal no art. 588 do CPP,

> ***Art. 588.*** *Dentro de* ***dois dias****, contados da interposição do recurso, ou do dia em que o escrivão, extraído o traslado, o fizer com vista ao recorrente, este* ***oferecerá as razões*** *e, em seguida, será aberta vista ao recorrido por igual prazo.*

Assim, se a denúncia ou queixa foi rejeitada(art. 395, CPP) pelo juiz e o MP se contrapôs a essa decisão por meio do RESE(Art. 581, I, CPP), o denunciado, mesmo ainda não sendo réu no processo, deve ser intimado para contrarrazoar essa insatisfação do MP, constituindo nulidade a falta de intimação(Art. 564, III, *e*)

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão deixará claro que houve **decisão favorável ao acusado** e que o **Ministério Público já recorreu dessa decisão**.

Vejamos exemplo:

> *(OAB 110 exame) Aurélio, Promotor de Justiça, oferece denúncia contra Agripino, empresário, descrevendo infração penal tipificada como receptação ocorrida em outubro de 1978. Contudo,* ***esquece-se de apresentar o rol de testemunhas na peça inicial, além de narrar fato equivocado, fazendo inserir circunstâncias totalmente divorciadas da realidade, não oferecendo, outrossim, a qualificação do indiciado****. O Magistrado, ao tomar conhecimento do teor da denúncia,* ***rejeita-a****, expondo os motivos para tal.* ***O Promotor de Justiça recorre de tal decisão****, expondo os motivos de seu inconformismo, reiterando que a ação penal deve ser recebida para, ao final da instrução probatória, ser o réu condenado pelo crime que cometeu. Você, como advogado de Agripino, é intimado para tomar ciência da decisão do Juiz, bem como do recurso interposto pelo Promotor de Justiça.*
>
> *Assim, proponha a peça processual que julgar correta para a defesa de Agripino, justificando fundamentadamente os argumentos que nela desenvolverá.*

Resolvendo o caso:

Perceba que a denúncia não preenche os requisitos do art. 395 do CPP e por conta disso o magistrado a rejeita e, como se sabe, contra a rejeição da denúncia, cabe RESE (art. 581, I). Ocorre que a decisão do magistrado beneficia o acusado. Não conformado com a decisão, o MP recorreu apresentando o recurso apropriado para o caso.

Vejamos outro modelo de questão apresentada pela FGV.

> *Marcelo foi denunciado pela prática de um crime de furto. Entendendo que não haveria justa causa, antes mesmo de citar o acusado, o magistrado não recebeu a denúncia. Diante disso, o Ministério Público interpôs o recurso adequado.* (XVII Exame/FGV/2015)

COMPETÊNCIA:

Interposição: deve ser direcionada ao juiz

Razões: direcionadas ao Egrégio Tribunal

PRAZO:

2 dias (art. 588)

MUITA ATENÇÃO PARA!

Se o **MP interpôs o recurso fora do prazo**, deve se requerer, em preliminar de mérito, o não conhecimento do mesmo, tendo em vista ser **intempestivo**.

TESES:

As Contrarrazões é feita nos moldes do RESE, só que o pedido é no sentido de **manter a decisão recorrida**; ou seja, rebater as teses apresentadas pelo MP para que seja mantida a decisão do "*juízo a quo*".

2ª) APELAÇÃO – ART. 593

Aprendemos que quando prolatada uma sentença pelo juiz de 1º grau, deve-se recorrer dessa decisão por meio do RESE.

Também dissemos que **sempre que já houver uma sentença**, devemos primeiramente **verificar o art. 581 do CPP** -- já que o rol nele apresentado é taxativo -- e, caso a **decisão do magistrado não se encaixe nesse rol**, devemos ir para o **art. 593 do CPP**.

As hipóteses de cabimento de apelação, como veremos mais adiante, estão previstas no art. 593 do CPP.

Apelação pode ser entendida como um recurso cabível contra sentença (definitiva ou com força de definitiva) para a segunda instância, com o fim de que se proceda ao reexame da matéria, com a consequente modificação parcial ou total da decisão.

Conforme leciona Escobar e Vanzolini (obra cit., p. 122), tal recurso é cabível, via de regra, das **sentenças definitivas de absolvição** (inclusive absolvição sumária no rito ordinário e sumário – art. 397 do CPP – e absolvição no rito do júri – art. 415 do CPP) ou **condenatórias** proferida pelo juiz singular ou pelo Tribunal do Júri.

Citados autores esclarecem ainda que a apelação também é cabível contra **decisões definitivas ou com força de definitiva** (art. 593 do CPP), quando não for previsto o RESE.

Consigna-se que há também previsão de **apelação no rito sumaríssimo** (art. 81, § 1º, da Lei 9.099/95), **contra decisão que rejeita denúncia ou queixa**.

Princípio da Consunção

CPP: Art. 593*. ...*

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

RECURSO CABÍVEL CONTRA APELAÇÃO INDEFERIDA OU JULGADA DESERTA

CPP: Art. 581. *Caberá* ***recurso, no sentido estrito****, da decisão, despacho ou sentença:*

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

Assim, se o recurso foi denegado ou julgado deserto, cabe RESE.

A **apelação será DENEGADA** quando o juízo a *quo* não permitir que esta suba para o Tribunal, por entender não estar presente algum dos requisitos objetivos ou subjetivos do recurso.

A **apelação será DESERTA** quando pela ausência de preparo (pagamento das custas recursais).

Cabe ressaltar que no processo penal, enquanto não houver condenação penal(art. 804, CPP), o recorrente não paga custas para apresentar o recurso. Entretanto, o Art. 806 do CPP trás uma exceção:

> ***Art. 806.*** *Salvo o caso do art. 32,* ***nas ações intentadas mediante queixa****, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.*

O adiantamento do pagamento das custas pode ser exigido nas ações privadas, exceto nas privadas subsidiárias, e ainda assim **só do querelante**, nunca do querelado. Se o querelante for beneficiário de assistência judiciária, não há adiantamento de custas

2ª-A) APELAÇÃO NO RITO ORDINÁRIO E SUMÁRIO – ART. 593 DO CPP

As hipóteses de apelação no rito ordinário e sumário estão previstas no art. 593 do CPP, conforme se passa a analisar.

Art. 593. *Caberá apelação no prazo de* ***5 (cinco)*** *dias:*

I - Das ***sentenças definitivas de condenação ou absolvição*** *proferidas por* ***juiz singular****;*

Na definição de Humberto Theodor, sentença definitiva é a "que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte".

II - Das ***decisões definitivas****, ou* ***com força de definitivas****, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no capítulo anterior;*

Decisões definitivas são as sentenças que põem fim à relação processual ou ao procedimento sem serem absolutórias ou condenatórias, como as que resolvem incidente de restituição de coisa apreendida, que

declaram extinta a punibilidade, que autorizam levantamento de sequestro de bens.

Decisões com força de definitivas (ou interlocutórias mistas) são aquelas que põem fim a uma fase do procedimento (não terminativas) ou ao processo (terminativas), sem o julgamento do mérito, desde que não haja previsão de recurso em sentido estrito.

*III - Das **decisões do tribunal do júri**, quando:*

*a) **ocorrer nulidade posterior à pronúncia***

Consiste na nulidade do plenário, em que o pedido será por **realização de novo júri**.

Algumas hipóteses de nulidade estão no art. 564 do CPP. Outras podem ser identificadas no passo a passo do rito do júri, a partir do art. 406 do CPP.

Transcrevemos como exemplo o art. 478 do CPP:

> ***Art. 478**. **Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências**: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;*
>
> *II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.*

*b) **for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados**;*

A sentença do juiz deve, obrigatoriamente, espelhar o veredicto dos jurados. Caso haja discrepância entre aquilo que foi decidido pelos jurados e a sentença proferida pelo magistrado, caberá apelação. Ex.: Quando os jurados reconhecem que o crime é culposo e mesmo assim o juiz-presidente o considera como doloso.

Nessa hipótese, o pedido será pela *reforma da decisão*.

*c) **houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança**;*

Se a sentença ostentar erro ou injustiça no que se refere à aplicação da pena ou medida de segurança, será apelável. Ex.: Quando o juiz aplicar

pena aquém do mínimo legal, bem assim quando determinar a sujeição a tratamento ambulatorial em razão de prática de crime apenado com reclusão (art. 96, do CP).

Nessa hipótese, o pedido será pela *reforma da decisão*.

Fique atento ao que dispõe os arts. 492 e 493 do CPP.

d) for a ***decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos***.

Entende-se por decisão manifestamente contrária à prova dos autos a que não encontra qualquer suporte nos elementos de convicção existentes. (princípio da soberania dos veredictos).

Veja o que dispõe o § 3º do art. 593:

> *§ 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para* ***sujeitar o réu a novo julgamento****;* ***não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.***

Se a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, o pedido será para que se anule o julgamento e **seja o acusado submetido a um novo**. Ressaltando-se que não será admitida outra apelação quando o motivo for o mesmo.

> ***FIQUE ATENTO:*** Os jurados do primeiro julgamento não podem participar do segundo, pois já expuseram a sua posição sobre o caso.

EFEITOS DO RECURSO DE APELAÇÃO

Conclui-se, portanto, que, se ocorrer alguma das situações previstas no art. 593 do CPP, cabe **apelação**, cujo **efeito é suspensivo** (art. 597 do CPP).

> *Art. 597. A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.*

PRAZOS:

5 dias (regra); 8 dias (contrarrazões)

10 dias (Jecrim)

EFEITOS:

Devolutivo, ou seja, é a devolução da apreciação dos fatos (matéria) ao 2° grau de jurisdição.

MUITA ATENÇÃO: A **apelação da sentença absolutória** não tem efeito suspensivo, devendo o réu, se preso ou ser colocado incontinenti em liberdade (art. 596, caput, CPP).

LEGITIMADOS:

Querelante, réu, procurador, defensor e MP(art. 577 do CPP).

NÃO ESQUEÇA: O MP não poderá desistir do recurso interposto (art. 576, CPP).

COMPETÊNCIA:

Interposição: deve ser direcionada ao juiz presidente do Tribunal Júri

Razões: direcionadas ao Egrégio Tribunal (TJ ou TRF)

TESES:

a) Em sede de Preliminar:

Extinção da punibilidade (art. 107, CP) => leva a extinção do processo.

Nulidade (art. 564 do CPP, inciso conforme o caso)

b) Em sede de Mérito:

Absolvição – art. 386, ou

Desclassificação da conduta

c) Pedidos subsidiários:

DDRBDL (conforme o caso apresentado)

2ª-B) APELAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Quando se tratar de **infração penal de menor potencial ofensivo** vai caber apelação da **decisão que rejeitar a denúncia ou queixa**, e ainda no caso de **transação penal**, conforme os arts. 82 e 76, §§ 4º e 5º da Lei 9.099/95.

> ***Art. 82***. ***Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá APELAÇÃO****, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.*
>
> *§ 1º A* ***apelação será interposta no prazo de dez dias****, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.*
>
> ***Art. 76****. Havendo* ***representação*** *ou tratando-se de* ***crime de ação penal pública incondicionada****, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*
>
> *§ 4º Acolhendo a* ***proposta do Ministério Público*** *aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.*
>
> *§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior* ***caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei****.*

FUNDAMENTO LEGAL DA PEÇA:

Arts. 76, § 5º, e 82 da Lei 9.099/1995.

PRAZOS:

10 dias (art. 82, § 1º)

CONTRARRAZÕES:

Estão previstas no art. 82, § 2º da Lei 9.099/95.

LEGITIMADOS:

MP, Querelante, réu, procurador e defensor (art. 577 do CPP).

COMPETÊNCIA:

Interposição: ao juiz

Razões: à Turma Recursal

TESES:

a) Em sede de Preliminar:

Extinção da punibilidade (art. 107, CP) => leva a extinção do processo.

Nulidade (art. 564 do CPP, inciso conforme o caso)

b) Em sede de Mérito:

Absolvição – art. 386

Desclassificação da conduta

c) Pedidos subsidiários:

DDRBDL (as teses devem se desenvolvidos conforme o caso apresentado)

CASO PRÁTICO

CASO PRÁTICO

João, funcionário público, surpreende-se na manhã de 05.03.2004 ao ler panfleto distribuído no seu bairro, chamando-o de corrupto. Extremamente ofendido, inicia investigação para apurar a autoria, descobrindo em 20.04.2004 ter sido seu vizinho Ariosvaldo o responsável pela ofensa. Em 05.10.2004, oferece queixa-crime no II Juizado Especial Criminal, em face de Ariosvaldo, imputando-lhe o crime de injúria, art.140 do Código Penal. Na audiência preliminar, não foi possível conciliação, sendo rejeitada também proposta de transação penal.

Na audiência de instrução e julgamento, após manifestação da defesa de Ariosvaldo e do representante do Ministério Público, o juiz, embora reconhecendo estar a queixa devidamente instruída com prova da materialidade do delito e indícios de autoria, rejeitou a inicial, pelos seguintes fundamentos:

a) decadência do direito de queixa, uma vez que o fato ocorreu em 05.03.2004 e a queixa foi proposta em 05.10.2004;

b) ilegitimitidade de João para o oferecimento da ação penal privada, por tratar-se a imputação de crime de ação penal pública condicionada a representação, nos termos do art. 145, parágrafo único do Código Penal;

Como advogado de João, e pautando-se no entendimento jurisprudencial dominante, elabore a peça processual conveniente a permitir que seu cliente possa satisfazer sua pretensão, com as respectivas razões, destinando-a à autoridade judiciária competente. ***(OAB 27º Exame – 2ª fase/2015)***

Resolução

O caso em análise refere-se aos crimes contra a hora previsto nos art. 138 a 145 do Código Penal, os quais têm sido bastante cobrados pela banca.

Assim, no primeiro momento cabe fazer a **distinção entre esses crimes.** Vejamos, então.

A **Calúnia**, prevista no art. 138 do Código Penal, consiste em acusar alguém publicamente de um crime. Afeta a **honra objetiva.** Ex.: Acusar empregado de ter tirado dinheiro de sua carteira, sem ter provas.

CUIDADO**:** Se a acusação for comprovada, não há calúnia.

Já a **Difamação** (art. 139, CP) consiste no ato de desonrar alguém divulgando informações falsas sobre sua pessoa. Afeta a **honra objetiva**. Ex.: Em uma confraternização de amigos *Beltrano* fala que *Faluna* trai o marido com todo mundo.

ATENÇÃO**:** Mesmo que seja tal fato verdadeiro, a difamação restará caracterizada se *Fulana* toma conhecimento do comentário.

Por fim, a **Injúria** (Art. 140) consiste em atribuir qualidades negativas ou defeitos a uma pessoa, com o intuito de ofender-lhe a dignidade ou o decoro. Afeta a **honra subjetiva**. Ex.: dizer que fulano é ladrão ou corrupto.

Feitas estas breves distinções entra os tipos de crimes contra a hora, passamos à análise do caso prático.

No caso em tela, o enunciado deixa claro que Ariosvaldo praticou crime de injúria, previsto no art. 140 do CP.

Observa-se ainda no enunciado da questão que o juiz rejeitou a inicial, ou seja, rejeitou a queixa-crime.

Já vimos que, quando o juiz rejeita a denúncia ou queixa, cabe RESE (Art. 581, I, do CPP). Isso é a regra.

Entretanto, o candidato deve **ficar atento quanto à competência**, pois o crime de injúria tem pena de detenção de um a seis meses, ou multa, portanto, trata-se de **crime de menor potencial ofensivo** cuja **competência do dos Juizados Especiais Criminas**, conforme art. 61 da Lei 9.099/95.

Em tais crimes de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95, preceitua em seu art. 82 que

*"**Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença** caberá APELAÇÃO, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado."*

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

O fato de um juiz não receber a denúncia sob o argumento de haver decaído o direito de queixa não se justifica, pois o **art. 38 do CPP** em bem claro ao dispor que *"Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, **decairá no direito de queixa ou de representação**, se não o exercer dentro do **prazo de seis meses**, **contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime**, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia."*

O fato ocorreu em 05.03.2004, mas João só tomou conhecimento no dia 20.04.2004. Assim teria 6 meses, ou seja, até aproximadamente 20.10.2004 para prestar queixa e o fez em 05.10.2004 . Portanto, não há falar em decadência.

Como se trata de crime contra funcionário público, João está amparado pela Súmula 714 do STF:

*"É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por **crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções**".*

Portanto, também não se falar em ilegitimidade de João para o oferecimento da ação penal.

2ª-C) CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO - ART. 600 DO CPP

Contrarrazões, como explica o Ilustre Jurista Alberto Bezerra, em seu dicionário eletrônico, podem ser conceituadas como o instrumento legal, de ordem processual, que **visam contrariar, refutar, combater as razões do recurso**, apresentadas no recurso da parte adversa.

Digamos que a defesa interpôs o RESE objetivando combater sentença que pronunciou o réu(art. 581, IV), o tribunal reformou a sentença para impronunciar ou absolver o acusado. O Ministério Público não se conformando com essa decisão apresenta sua insatisfação por meio de apelação (art. 416 do CPP).

Qual seria o recurso cabível para combater a essa manifestação do MP?

O art. 600 do CPP dispõe que:

> ***Art. 600.*** *Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o* ***prazo de oito dias cada um para oferecer razões****, salvo nos processos de contravenção, em que o* ***prazo será de três dias****.*

Aduz, ainda, o nobre jurista e escritor Alberto Bezerra que as contrarrazões, como nomenclatura, estão intimamente ligadas ao **recurso de apelação**, recurso ordinário, recurso especial e o extraordinário.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O problema apresentado pela banca deixará claro que houve uma sentença e que o MP apelou, (interpôs o recurso).

PRAZO:

8 dias (regra)

10 dias (JECrim)

MUITO CUIDADO!

Tratando-se de **infração de menor potencial ofensivo,** a Lei 9.099/98, no § 2º do art. 82 preceitua que

§ 2º O ***recorrido*** *será intimado para oferecer resposta escrita* ***no prazo de dez dias.***

Se o delito for **contravenção penal**, o prazo será de **3 dias**.

MUITA ATENÇÃO

Recurso intempestivo

Se o recurso do MP foi **interposto fora do prazo**, deve-se alegrar em preliminar de mérito a intempestividade do recurso e, consequentemente, o não conhecimento do mesmo, visto ser intempestivo.

COMPETÊNCIA:

Interposição: deve ser direcionada ao juiz que prolatou a decisão.

Razões: direcionadas ao Egrégio Tribunal.

TESES:

Rebater fundamentadamente as teses do MP, mostrando os motivos pelo qual a sentença do *juiz a quo* deve ser mantida.

PEDIDO:

Que seja negado provimento ao recurso interposto pelo representante do MP, mantendo-se a sentença originária, como medida de justiça.

CASO PRÁTICO:

CASO PRÁTICO

(OAB-Exame XIX/FGV/2016) *No dia 24 de dezembro de 2014, na cidade do Rio de Janeiro, Rodrigo e um amigo não identificado foram para um bloco de rua que ocorria em razão do Natal, onde passaram a ingerir bebida alcoólica em comemoração ao evento festivo. Na volta para casa, ainda em companhia do amigo, já um pouco tonto em razão da quantidade de cerveja que havia bebido, subtraiu, mediante emprego de uma faca, os pertences de uma moça desconhecida que caminhava tranquilamente pela rua. A vítima era Maria, jovem de 24 anos que acabara de sair do médico e saber que estava grávida de um mês. Em razão dos fatos, Rodrigo foi denunciado pela prática de crime de roubo duplamente majorado, na forma do Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.*

Durante a instrução, foi juntada a Folha de Antecedentes Criminais de Rodrigo, onde constavam anotações em relação a dois inquéritos policiais em que ele figurava como indiciado e três ações penais que respondia na condição de réu, apesar de em nenhuma delas haver sentença com trânsito em julgado. Foram, ainda, durante a Audiência de Instrução e Julgamento ouvidos a vítima e os policiais que encontraram Rodrigo, horas após o crime, na posse dos bens subtraídos. Durante seu interrogatório, Rodrigo permaneceu em silêncio. Ao final da instrução, após alegações finais, a pretensão punitiva do Estado foi julgada procedente, com Rodrigo sendo condenado a pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 13 dias-multa. O juiz aplicou a pena-base no mínimo legal, além de não reconhecer qualquer

agravante ou atenuante. Na terceira fase da aplicação da pena, reconheceu as majorantes mencionadas na denúncia e realizou um aumento de 1/3 da pena imposta.

O Ministério Público foi intimado da sentença em 14 de setembro de 2015, uma segunda-feira, sendo terça-feira dia útil. ***Inconformado, o Ministério Público apresentou recurso de apelação perante o juízo de primeira instância, acompanhado das respectivas razões recursais****, no dia 30 de setembro de 2015, requerendo:*

i) O aumento da pena-base, tendo em vista a existência de diversas anotações na Folha de Antecedentes Criminais do acusado;

ii) O reconhecimento das agravantes previstas no Art. 61, inciso II, alíneas 'h' e 'l', do Código Penal;

iii) A majoração do quantum de aumento em razão das causas de aumentos previstas no Art. 157, §2o, incisos I e II, do Código Penal, exclusivamente pelo fato de serem duas as majorantes;

iv) Fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, pois o roubo com faca tem assombrado a população do Rio de Janeiro, causando uma situação de insegurança em toda a sociedade.

A defesa não apresentou recurso. O magistrado, então, recebeu o recurso de apelação do Ministério Público e intimou, no dia 19 de outubro de 2015 (segunda-feira), sendo terça feira dia útil em todo o país, você, advogado(a) de Rodrigo, para apresentar a medida cabível.

Com base nas informações expostas na situação hipotética e naquelas que podem ser inferidas do caso concreto, redija a peça cabível, excluída a possibilidade de habeas corpus, no último dia do prazo, sustentando todas as teses jurídicas pertinentes. (Valor: 5.00)

Obs.: *O examinando deve indicar todos os fundamentos e dispositivos legais cabíveis. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.*

PADRÃO DE RESPOSTA / ESPELHO DE CORREÇÃO

O examinando deve elaborar, na condição de advogado, Contrarrazões de Apelação, com fundamento no Art. 600 do CPP. Em um primeiro momento, deve ser redigida a petição de interposição das contrarrazões, direcionada ao Juízo da Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, requerendo o encaminhamento do feito para instância superior. Posteriormente, devem ser apresentadas as respectivas razões ou contrarrazões de apelação, peça essa endereçada diretamente ao Tribunal

de Justiça. No conteúdo das Contrarrazões Recursais, o examinando, em preliminar, deve requerer o não conhecimento do recurso, tendo em vista ser intempestivo. Na forma do Art. 593 do CPP, o prazo para interposição de Apelação é de 05 dias. O Ministério Público foi intimado, no caso concreto, em 14 de setembro de 2015, somente vindo a interpor recurso no dia 30 de setembro de 2015, ou seja, mais de 15 dias após sua intimação. O enunciado deixa claro que a petição de interposição foi apresentada junto com as razões recursais, logo, apesar do magistrado de 1ª instância ter conhecido do recurso, o Tribunal, ao realizar nova análise, deverá não conhecer do recurso interposto.

Contudo, pelo princípio da eventualidade, em caso de conhecimento do recurso, deverá o examinando, na condição de advogado de Rodrigo, rebater as teses apresentadas pelo Ministério Público, buscando a manutenção da sentença de primeira instância.

De início, em relação à pena-base, deverá ser desta cado que a existência de ações penais em curso, sem sentença condenatória com trânsito em julgado, e de inquéritos policiais não justificam um aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Antes do trânsito em julgado, não pode um acusado ou indiciado ser considerado culpado, logo não há que se falar em maus antecedentes. Ademais, o Enunciado 444 da Súmula de Jurisprudência do STJ impede que ações em curso sejam consideradas não somente como maus antecedentes, mas valoradas de qualquer forma na pena-base.

Posteriormente, deverá o examinando enfrentar os argumentos apresentados pelo Ministério Público para aumento da pena na segunda fase do critério trifásico.

Em relação à agravante da gravidez, deverá ser afirmado que ela não deve ser reconhecida, sob pena de configurar responsabilidade penal objetiva. Apesar da vítima ser Maria, que tinha acabado de descobrir que estava grávida, para que uma circunstância prejudicial ao réu seja reconhecida, é preciso que ele tenha conhecimento do fato ou, ao menos, que fosse possível a ele ter conhecimento da situação. No caso concreto, Rodrigo não conhecia Maria e ela estava grávida apenas de um mês, logo não havia como o acusado ter conhecimento de que a vítima era mulher grávida. Assim, para evitar a responsabilidade penal objetiva, a agravante do Art. 61, inciso III, alínea h, não deve ser aplicada.

Da mesma forma, não deve ser reconhecida a agravante da embriaguez preordenada. Não existe qualquer prova nos autos de que Rodrigo se embriagou para tomar coragem para prática do crime. A embriaguez preordenada não se confunde com a culposa ou voluntária. Nos dois últimos casos, existe imputabilidade, mas não justificam, por si sós, o reconhecimento da agravante. Na embriaguez preordenada o agente se embriaga exatamente para fins de reduzir sua censura pessoal e realizar um crime doloso determinado e pretendido. Rodrigo ingeriu bebida para comemorar o Natal, não para tomar coragem e praticar o crime de roubo. No terceiro momento, deverá o examinando rebater a pretensão do Ministério Público de incrementar o aumento da pena em razão do número de

majorantes. Pacificado o entendimento atual, inclusive com a edição do Enunciado 443 da Súmula de Jurisprudência do STJ, no sentido de que a mera indicação do número de majorantes não configura fundamentação idônea para justificar a aplicação da fração de aumento acima do mínimo previsto em lei.

É necessária fundamentação concreta.

Por fim, em relação aos argumentos do Promotor de Justiça, deverá o examinando afirmar que o regime de pena aplicado foi adequado, não se justificando a aplicação do regime fechado pelo fundamento apresentado no recurso de apelação, pois a gravidade em abstrato do delito não pode justificar um regime de pena mais gravoso do que o cabível de acordo com a pena aplicada. Tal entendimento é trazido pelos Enunciados 718 e 719 da Súmula do STF e pelo Enunciado 440 da Súmula do STJ.

Assim, ao final, deverá o candidato formular os seguintes pedidos: a) Não conhecimento do recurso de apelação em razão da intempestividade; b) Caso seja conhecido o recurso, pelo seu não provimento, mantendo-se, integralmente, a sentença.

A data a ser indicada ao final na peça é o dia 27 de outubro de 2015. A intimação ocorreu em 19 de outubro de 2015, uma segunda-feira, iniciando-se o prazo de 08 dias, previsto no Art. 600 do CPP, no dia seguinte.

2ª-D) APELAÇÃO NO JÚRI – ART. 593, III

Quando abordamos o assunto "**Resposta à Acusação no Júri**", vimos que o julgamento de crimes de competência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "d", da CF) necessariamente passa por **duas fases,** quais sejam: *Judicium Accusationis* e *Judicium Causae*.

Primeira fase, a *Judicium Accusationis (ou fase de* instrução preliminar), que se inicia com a denúncia (art. 395 do CPP) e encerra-se na sentença de pronúncia (art. 413 do CPP).

Já a **segunda fase**, a *Judicium Causae*, parte da sentença de pronúncia e termina com a decisão final do Conselho de Sentença.

Observe que na **primeira fase** há a denúncia do MP e a pronúncia do juiz. Encerrou-se, portanto, a fase inicial. E como já vimos, quando o réu for pronunciado (art. 581, IV, do CPP), cabe **RESE.**

Contudo, deve-se fica atento, pois se o **acusado foi impronunciado ou absolvido sumariamente** pelo juiz, dessa decisão cabe **apelação** nos termos do art. 416 do CPP.

Na **Segunda fase** quem dá a decisão final é o conselho de sentença (art. 447 do CPP) e não o juiz, este atua como presidente do tribunal do júri(art. 497 do CPP). Então, se o conselho de sentença (júri popular) condena o réu, pode se recorrer dessa decisão? E como fica a soberania[23] dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII)?

QUANDO CABE APELAÇÃO NO JÚRI?

A apelação no júri é cabível nas seguintes hipóteses:

1ª fase do júri:

Na hipótese do réu ser **impronunciado** ou **absolvido sumariamente.**

> ***Art. 416.*** *Contra a sentença de* ***impronúncia*** *ou de* ***absolvição sumária*** *caberá* ***apelação****.*

Nesta situação quem deve apresentar o recurso é a acusação (MP ou o assistente de acusação (arts. 268 e 271 do CPP)).

E se o MP não recorre?

⇩

=>Inércia do MP:

> ***CPP: Art. 598.*** *Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular,* ***se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal****, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31,* ***ainda que não se tenha habilitado como assistente****, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.*
>
> *Parágrafo único. O* ***prazo*** *para interposição desse recurso será de* ***quinze dias*** *e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público.*

[23] Por **soberania dos veredictos**, entende-se que o **tribunal não pode reformar a decisão dos jurados**, ainda que contrária à prova dos autos, porém**, pode-se anular o julgamento** e **mandar o réu a novo júri**, ou ainda **rever a pena aplicada**.

Quando o MP fica inerte, ou seja, não apresenta o recurso no prazo legal (**5 dias** - art. 593 do CPP), qualquer uma das pessoas enumeradas no art. 31 do CPP, pode habilitar-se como assistente de acusação para apresentar o recurso no **prazo de 15 dias**, conforme prevê o parágrafo único do art. 598. Trata-se do instituto denominado de **APELAÇÃO SUPLETIVA.**

A **Súmula nº 448 do STF** preceitua que,

> *O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.*

Como o MP tem 5 dias para apresentar o recurso, caso não o faça, o **assistente** dispõe dos seguintes **prazos**:

5 dias, se já estava habilitado (art. 593 do CPP);

15 dias, se ainda NÃO estava habilitado (art. 598, parágrafo único, do CPP).

2ª fase do júri:

Na segunda fase do júri, a apelação tem cabimento nas hipóteses previstas no art. 593, III, do CPP, conforme se passa a analisar.

HIPÓTESES DE CABIMENTO DE APELAÇÃO NO JÚRI

Via de regra, os veredictos dos jurados são irrecorríveis. Porém, **admite-se o recurso de apelação da decisão do conselho de sentença**, com a limitação do mesmo ter sua fundamentação vinculada às hipóteses legais do art. 593, III e alíneas.

Por essa razão, as **hipóteses de cabimento de apelação da decisão proferida no júri são taxativas** e expressas no art. 593, III, do CPP, *in verbis*:

> ***Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias****:*
>
> *(...)*
>
> *III –* ***Das decisões do tribunal do júri,*** *quando:*

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

Ex.: Na audiência, durante os debates, as partes fizeram referências à decisão de pronúncia (art. 478 do CPP). Nesse caso, deve-se arguir nulidade para que o **réu seja submetido a NOVO JULGAMENTO**.

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

O juiz deve sentenciar de acordo com o veredicto dos jurados, sob pena de ser nulo o julgamento. Caso a sentença do juiz presidente divirja das respostas dos jurados ou contrarie dispositivos de lei, **o tribunal apenas fará a devida RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA** (art. 593, § 1º, do CPP). Não há, portanto, anulação do julgamento, mas apenas retificação da sentença.

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

A aplicação da pena ou de medida de segurança deve obedecer aos limites e parâmetros legais estabelecidos em lei. Assim, por exemplo, **se o juiz agrava ou atenua a pena**, o **tribunal deve RETIFICAR A SENTENÇA** (art. 593, § 2º, do CPP). Também não cabe anulação do julgamento.

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Caso o Tribunal se convença de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, deve sujeitar o réu a **NOVO JULGAMENTO**.

Portanto, conclui-se que, se a **arbitrariedade parte dos jurados**, a decisão será nula e o réu será submetido a NOVO JULGAMENTO. Se, entretanto, **parte do juiz presidente**, o tribunal apenas RETIFICA A SENTENÇA para corrigir a pena ou a medida de segurança aplicada ao réu.

COMPETÊNCIA (a quem deve ser direcionada a peça):

Interposição: juiz da Vara do Júri

Razões: presidente Vara ... do Tribunal do Júri.

PRAZO:

5 dias.

PEDIDOS, TESES E ABSOLVIÇÃO:

No caso de apelação no júri **não há possibilidade de se fazer pedido de absolvição**. Devendo ser pedido para que o réu seja deve ser submetido a **novo julgamento** ou que a **pena seja retificada** (art. 593, § 2º, do CPP), ou ainda que seja o réu **condenado ou pronunciado** (art. 416 do CPP).

3º) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

As decisões proferidas pelo judiciário são passivas de diversos recursos que visam, em rega, a reforma-la. Todavia, há decisões que, por não estarem devidamente claras (omissas, contraditórias, ambíguas obscuras ou duvidosas), podem levar a erro de interpretação. Nesse caso, o Sistema Processual Penal brasileiro permite que a parte possa recorrer, não para reforma a decisão, mas **para elucidação daquilo que não ficou claro**. O recurso cabível neste caso denomina-se de **embargo de declaração**.

Hipótese de cabimento:

Tal recurso tem previsão legal nos arts. 382 e 619 do CPP e art. 83 da Lei nº 9.099/95,

> ***CPP: Art. 382****. Qualquer das partes poderá, no* ***prazo de 2 (dois) dias****, pedir ao juiz que declare a* ***sentença****, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.*
>
> ***CPP: Art. 619.*** *Aos* ***acórdãos*** *proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no* ***prazo de dois dias*** *contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.*
>
> ***Lei 9.099/95: Art. 83.*** *Caberão embargos de declaração quando, em* ***sentença ou acórdão****, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida. § 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente,* ***no prazo de cinco dias****, contados da ciência da decisão.*

Omissão => omite fato relevante.

Contradição => as informações são conflitantes.

Ambiguidade => interpretação divergente, duvidosa.

Obscuridade => falta de compreensão.

Dúvida => falta de clareza.

CUIDADO ao se deparar com o termo "**ARRESTO**", que significa o acórdão transitado em julgado. Ex.: *"Com o retorno dos autos do tribunal, o juiz da comarca determinou o cumprimento do venerando **aresto**".*

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O enunciado fará referência a uma **sentença ou acórdão** que contém omissão, contradição, ambiguidade, obscuridade, ou dúvida (no caso do JECrim).

ATENÇÃO!!

Diferentemente dos demais recursos, os embargos de declaração **são opostos em peça única.**

PRAZO:

2 dias (justiça comum)

5 dias (JECrim)

LEGITIMIDADE:

Acusado, MP, Querelante, Assistente de acusação.

COMPETÊNCIA:

No caso do art. 382, os embargos dever ser **direcionados ao juiz que prolatou a sentença**.

Em se tratando do art. 619, o recurso deve ser **endereçado ao tribunal.**

Já no caso do art. 83 da Lei 9.099/95, o embargo será **direcionado para a Turma Recursal do JECrim**.

TESES E PEDIDO:

A tese a ser defendida limita-se, portanto, à elucidação daquilo que não ficou claro, e nada mais. O pedido é que seja sanado o vício.

B) *PEÇAS DIRECIONADAS AO TRIBUNAL*

Das peças que devem ser direcionadas ao tribunal, são cabíveis: Embargos de declaração de acórdão e Embargos Infrigentes ou de nulidade.

1ª) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE ACÓRDÃO

Conforme visto acima. Sendo que neste caso, o fundamento é o art. 619 do CPP.

2ª) EMBARGOS INFRINGENTES OU E DE NULIDADE

Os Embargos Infringentes e os Embargos de Nulidade são cabíveis nas hipóteses do Parágrafo Único do art. 609 do CPP.

Ressalta-se que, não há consenso se tratar de dois recursos distintos ou apenas uma. O certo é que os **embargos infringentes** versam sobre o direito material e os **embargos de nulidade** sobre o direito processual.

Hipóteses de cabimento:

Tratam-se **recursos exclusivos da defesa**, ou seja, em favor do réu e somente são cabíveis contra a **decisão não unânime de órgão de 2ª instância** desfavorável ao réu.

> ***Art. 609.*** *Os recursos,* ***apelações*** *e* ***embargos*** *serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. (Redação dada pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952)*
>
> *Parágrafo único.* ***Quando não for unânime a decisão de segunda instância****, desfavorável ao réu, admitem-se* ***embargos infringentes e de nulidade****, que poderão ser opostos dentro de* ***10 (dez) dias****, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o* ***desacordo for parcial****, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.*

PECULIARIDADES:

FIQUE ATENTO!!

=>Tais recursos **não podem ser interpostos pela acusação ou pela sua assistência**.

=>**Não se admite de decisão proferida por turma recursal**, ou seja, de órgão de 2º grau de Juizado Especial Criminal.

=>**A dúvida deve resultar em favor do réu** e não o contrário.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Art. 609 do CPP.

CABIMENTO:

Contra Apelação, RESE e Agravo em Execução.

Portanto, se a defesa impetrou **apelação, RESE ou agravo em execução** e a decisão do tribunal não foi unânime, deve se recorrer da decisão de 2ª instância para que prevaleça o voto vencido.

LEGITIMIDADE:

Somente defesa: réu, querelado e seu defensor.

COMPETÊNCIA:

Interposição: ao desembargador relator do acórdão;

Razões: ao Egrégio Tribunal.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O problema deixará claro que houve um acórdão em desfavor do acusado e que a **decisão não foi unânime**.

PRAZO:

10 dias.

TESES:

Que prevaleça o voto vencido, seja em relação ao mérito da causa ou nulidade processual. Os embargos infringentes estão limitados ao voto

vencido. Portanto, se, por unanimidade, o tribunal manteve a condenação, mas os desembargadores divergiram sobre a pena a ser imposta, a tese está limitada à pena.

PEDIDO:

*Em razão do exposto, requer seja **conhecido** e **provido** o presente recurso, acolhendo-se o voto vencido com o fim de manter-se ....*

CASO PRÁTICO

CASO PRÁTICO:

Joel foi condenado pela prática do crime de extorsão mediante sequestro. A defesa interpôs recurso de Apelação, que foi recebido e processado, sendo certo que o tribunal, de forma não unânime, manteve a condenação imposta pelo juízo a quo. O advogado do réu verifica que o acórdão viola, de forma direta, dispositivos constitucionais, razão pela qual decide continuar recorrendo da decisão exarada pela Segunda Instância.

De acordo com as informações acima, indique o recurso a ser interposto. (OAB 1ª fase/20013- Adaptada).

Resolução do problema:

Perceba que a defesa interpôs apelação e o tribunal de forma não unânime manteve a condenação. Logo, o recurso a ser interposto são "Embargos Infringentes e os Embargos de Nulidade" nos termos do art. 609, parágrafo único do CPP.

3ª) RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL - ROC

O ROC tem fundamento legal nos arts. 102, II, e 105, II da CF, sendo competente para apreciá-lo o STF ou o STJ.

> ***Art. 102***. *Compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *II - julgar, EM RECURSO ORDINÁRIO:*
>
> *a) o "**habeas-corpus**", o **mandado de segurança**, o "**habeas-data**" e o **mandado de injunção** decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se **denegatória** a decisão;*

*b) o **crime político**;*

***Art. 105.** Compete ao **Superior Tribunal de Justiça**:*

II - julgar, em RECURSO ORDINÁRIO:

*a) os "**habeas-corpus**" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;*

*b) os **mandados de segurança** decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;*

*c) as **causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional**, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;*

CABIMENTO:

Nas hipóteses previstas acima.

Entretanto, a prova da OAB tem dado ênfase no caso de **indeferimento de *Habeas Corpus***.

MUITA ATENÇÃO!

O ROC **é cabível em qualquer fase**, seja na fase de inquérito, processual ou até mesmo na fase de execução (após trânsito em julgado).

Isso porque, **desde que haja flagrante ilegalidade e a depender da matéria veiculada**, o HABEAS CORPUS **contra decisão com trânsito em julgado é cabível**, mas trata-se de hipótese excepcional. Logo, se houve impetração a HC e esse foi negado, deve-se interpor o ROC. Embora haja entendimento de que, após o trânsito em julgado, deva-se usar sempre a Revisão Criminal e não HC.

Mesmo na **fase de inquérito** é cabível ROC.

Vejamos exemplo.

Rodrigo Malta,... foi denunciado como incurso nas sanções previstas no art. 14, caput, e no art. 16, parágrafo único, IV, ambos da Lei n.º 10.826/2003 (porte de arma de fogo de uso permitido e posse de arma de fogo de uso restrito, com a numeração raspada), de acordo com o que dispõe o art. 69 do Código Penal brasileiro.

O advogado de Rodrigo pleiteou a liberdade provisória de seu cliente, entretanto o pleito foi indeferido pelo juiz a quo, que assim se

manifestou: "Após analisar os autos, entendo que o pedido de liberdade provisória formulado não merece acolhida...."

*A **defesa,** então, impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a concessão de liberdade provisória, sob o argumento de que o decreto de prisão cautelar não explicitara a necessidade da medida nem indicara os motivos que a tornariam indispensável, entre os elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.*

A ordem, contudo, restou denegada, confirmando-se a decisão do juiz a quo... (OAB/SP/CESPE/2008-adaptado).

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Arts. 102, II, e 105, II, da CF.

Arts. 30 a 35 da Lei 8.038/90.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado deixará claro que o HC ou MS foi denegado por decisão de um Tribunal (TJ, TRFs ou tribunal superior).

FIQUE ATENTO!!

Sempre que haja sido negado ou concedido pedido de HC pelo **juiz de 1º grau**, o recurso cabível será **RESE**, nos termos do art. 581, X, do CPP. Se foi **tribunal que negou**, o recurso será **ROC**.

HC denegado ou concedido por:	Juiz de 1º grau=>	RESE
	Tribunal =>	ROC

COMPETÊNCIA:

Interposição: ao Presidente do Tribunal que denegou o pedido

Razões: ao presidente do STJ ou do STF (a depender de quem indeferiu o HC ou MS).

PRAZOS:

5 dias: Denegatória de HC (Súmula 319 do STF e art. 30 da Lei 8.038/90)

15 dias: Denegatória de MS (art. 33 da Lei 8.038/90)

RECURSO DENEGADO:

Da decisão que nega o ROC cabe Agravo Regimental.

TESES E PEDIDO:

Na peça de ROC, o candidato deve questionar o pedido denegado, justificando (e fundamentando) porque ele deveria ter sido acatado. Ex.: negou liberdade provisória quando estavam preenchidos os requisitos para a concessão de tal pedido. Ao final deve requerer que ***seja recebido, conhecido e provido o recurso para reformar a decisão, conceder a ordem, para determinar o que foi pedido*** (ex.: liberdade provisória), ***com expedição do alvará de soltura***.

CUIDADO!!

N**ão cabem pedidos subsidiários**, mas apenas o que foi negado.

CASO PRÁTICO:

CASO PRÁTICO

(XIV Exame/2ª fase) *Cristiano foi denunciado pela prática do delito tipificado no Art. 171, do Código Penal. No curso da instrução criminal, o magistrado que presidia o feito decretou a prisão preventiva do réu, com o intuito de garantir a ordem pública, "já que o crime causou grave comoção social, além de tratar-se de um crime grave, que coloca em risco a integridade social, configurando conduta inadequada ao meio social." O advogado de Cristiano, inconformado com a fundamentação da medida constritiva de liberdade, impetrou Habeas Corpus perante o Tribunal de Justiça, no intuito de relaxar tal prisão, já que a considerava ilegal, tendo em vista que toda decisão judicial deve estar amparada em uma fundamentação idônea. O Tribunal de Justiça, por unanimidade, não concedeu a ordem, entendendo que a decisão que decretou a prisão preventiva estava corretamente fundamentada. De acordo com a jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores, responda aos itens a seguir.*

A) Qual o recurso que o advogado de Cristiano deve manejar visando à reforma do acórdão? (Valor: 0,65)

Resposta

Observe que o advogado do acusado, não conformado com a decisão do MM juiz, impetrou HC para o TJ que negou o pedido. Logo, o recurso cabível será REC com fundamento no art. 105, II, "a" da CF, cujo prazo é de 5 dias.

Embora a FGV tenha pedido ao candidato para responder a questões de acordo com jurisprudência atualizada, não havia como fundamentá-la com base em jurisprudência, visto que não há súmulas que trate de assunto e não é permitido o uso de livros com jurisprudência, mas somente do vade-mécum.

A própria FGV não citou nenhuma jurisprudência no espelha de resposta. Vejamos.

Padrão de Resposta / Espelho de Correção(FGV)

De acordo com a jurisprudência atualizada, tanto do STJ como do STF, bem como com o mandamento descrito no Art. 105, II, "a", da Constituição Federal, em Habeas Corpus caberá Recurso Ordinário. O Art. 30, da Lei nº 8.038/90, determina ser de 05 (cinco) dias o prazo para interposição de recurso ordinário contra decisão denegatória de Habeas Corpus proferida pelos Tribunais dos Estados. No caso narrado no enunciado, o recurso deve ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme informa o Art. 105, II, "a", da Constituição Federal, já que se trata de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça.

4ª) RECURSO ESPECIAL PARA O STJ

O Recurso Especial pode ser entendido como meio processual para contestar acórdãos que contrariem **lei federal** ou **tratado**, proferidos por TJ ou TRF.

A CF, no seu art. 105, dispõe que:

> ***Art. 105***. *Compete ao* ***Superior Tribunal de Justiça****:*
>
> *III - julgar, em RECURSO ESPECIAL, as* ***causas decididas, em única ou última instância****, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:*
>
> *a)* ***contrariar tratado*** *ou* ***lei federal****, ou* ***negar-lhes vigência;***
>
> *b)* ***julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal****;*

> *c)* ***der a lei federal interpretação divergente*** *da que lhe haja atribuído outro tribunal.*

Ressalte-se que tal recurso também tem previsão legal nos arts. 1.029 ao 1.035 do **novo CPC**, nos ~~revogados arts. 26 a 29~~ da Lei 8.038/90 e nos arts. 255 a 257 do Regimento Interno do STJ.

Leciona Maria Tereza do Amaral (Online), que o:

> *"Recurso Especial não se destina a reexaminar matéria de fato, nem representa uma terceira instância de julgamento, sendo o meio a ser utilizado para revisão de decisões fundadas em lei federal, proferidas pelos tribunais de segundo grau de modo a assegurar que essas leis sejam interpretadas e aplicadas de forma correta e uniforme em todo o território nacional."*

REQUISITOS:

O Recurso Especial somente é admissível quando:

a) esgotadas todas as vias recursais ordinárias;

b) a questão tenha natureza constitucional, ou seja, existência de questão federal enquadrável nas alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição;

c) demonstrada a repercussão geral;

d) existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais, quais sejam: acórdãos dos TRF´s e dos Tribunais Estaduais ou do Distrito Federal;

e) que a decisão, a ser impugnada através dele, seja definitiva.

ATENÇÃO!

Na prova da OAB o requisito essencial do REsp é o prequestionamento.

CUIDADO com o que determina a **Súmula 7 do STJ**:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Trocando em miúdos, significa dizer que **no RESP se discute apenas questões de direito**.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado fará referência a um crime em que o réu foi condenado e recorreu da decisão, alegando, por exemplo, nulidade em vista de não lhe ter sido oportunizado apresentar resposta à acusação(art. 396, CPP), e o tribunal rejeitou a preliminar arguida e manteve a decisão, porém houve **prequestionamento** da matéria.

Palavra chave que identifica a peça.

CONTRARRRAZÕES:

Tem seu cabimento previsto no art. 1.030 do NCPC

> ***Art. 1.030.*** *Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado* ***para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias****, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)*

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA PEÇA:

Art. 105, III, da CF e art. 29 do NCPC.

COMPETÊNCIA:

Interposição: ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão.

Razões: ao STJ

PRAZO:

15 dias (art. 1.030, § 5º, no NCPC)

TESES:

Violação de norma infraconstitucional. Exemplo: violação dos arts. 158, 396-A, 564 e 617 do CPP.

Cita-se como exemplo a hipótese em que o juiz exaspera a pena sem levar em consideração a determinação doa rt. 59 do CP.

PEDIDO:

Que seja conhecido e provido o recurso especial, reformando-se o acórdão, para...

ATENÇÃO!!

Esse recurso dificilmente é cobrado na peça, porém, nas questões discursivas já tem sido objeto de avaliação.

5ª) RECURSO EXTRAORDINÁRIO => STF

Recurso Extraordinário tem previsão legal no art. 102, III, da CF e nos arts. 26 a 29 da Lei 8.038/1990, arts. 1.029 ao 1.035 do **novo CPC** e arts. 321 a 326 do Regimento Interno do STF.

Trata-se de um **recurso de caráter excepcional** para o STF contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, quando houver **ofensa à norma da Constituição Federal**.

Em decorrência de sua complexidade, acreditamos que a banca dificilmente cobre esse assunto, todavia, é sempre bom está preparado. Assim vamos traças algumas breves considerações sobre tal recurso a fim de evitar possíveis surpresas.

CARACTERÍSTICAS COMUNS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL[24]:

1- esgotamento prévio das instâncias ordinárias (não cabe mais recurso para instâncias inferiores);

2- a atuação do STF e STJ não é igual à dos outros tribunais – sua função aqui é guardar o ordenamento jurídico e não a situação individual das partes. A parte poderá ser beneficiada por essa guarda, mas a mera alegação de que as decisões anteriores lhe foram "injustas" não servem para fundamentar esses recursos;

3- não servem para mera revisão de matéria de fato;

4- sua admissão depende da autorização da instância inferior, e depois do próprio STF e STJ;

5- os pressupostos específicos desses recursos estão na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil e na Lei 8038/90;

6- enquanto perdurarem os recursos excepcionais, a sentença anterior já pode ser executada provisoriamente;

[24] http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207

7- os dois recursos podem ser ajuizados simultaneamente no STF e no STJ, já que suas diferenças são bem delineadas pela Constituição, tratando-se de discussão de matérias distintas. Portanto, o prazo para apresentar os recursos corre simultaneamente, sendo de 15 dias.

CABIMENTO:

O Recurso Especial é cabível quando:

a) contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, III, "a");

b) declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, "b");

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, "c").

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA PEÇA:

Art. 102, III, da CF.

Arts. 26 a 29 da Lei 8.038/1990.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão farar referência a um crime em que o réu foi condenado e recorreu da decisão, alegando, por exemplo, que **não foi citado** e, portanto, **não pode exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa** (afronto ao art. 5º, LV, da CF), mesmo assim, o tribunal manteve a decisão.

COMPETÊNCIA:

Interposição: ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão (TJ, TRF ou Tribunal Superior).

Razões: endereçada ao **STF**.

PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO:

Deverá ser interposto no prazo de ***15 dias*** ***perante o presidente do Tribunal*** *de cujo acórdão se está recorrendo, mediante petição que conterá a* ***exposição do fato e do direito, demonstração de seu cabimento e as razões do pedido e da reforma da decisão recorrida*** (**art. 1.029 do novo CPC**).

PREQUESTIONAMENTO

Assim como no Recurso Especial, o Recurso Extraordinário também depende de prequestionamento[25] da matéria.

REPERCUSSÃO GERAL

Além de encaixar nas hipóteses previstas no art. 102, III da CF/88, a partir da EC nº 45/2004, outro requisito para a interposição de recurso extraordinário é a demonstração pela parte de **repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos do art. 102, § 3º da CF/88 e no novo CPC:

CF:

Art. 102*.*

(...)

*§ 3º - **No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.*

Novo CPC:

Art. 1.035*. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.*

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado);

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

---

[25] **Prequestionamento**, nada mais é que um requisito que se tornou essencial à interposição dos recursos especial e extraordinário.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1(um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

FUNDAMENTAÇÃO:

O tópico da repercussão geral deve ser fundamentado nos art. 102, § 3º, da CF e no art. 1.035 do novo CPC.

TESES:

As hipóteses de tese defensivas devem ter por fundamento o art. 102, III, da CF.

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Apontar a violação de norma constitucional. Ex.: **ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório** (CF, art. 5º, LV).

Assunto que em sido objeto de avaliação pela banca é a questão do **regime inicialmente fechada para os crimes hediondos**. Deve se ressaltar que o cumprimento inicial da penal em regime fechado foi julgado inconstitucional pelo STF.

PEDIDO:

Que seja conhecido e provido o recurso, reformando-se o acórdão,...

ATENÇÃO!! Outras espécie de recurso que dificilmente será cobrado na peça, porém, nas questões discursivas é possível que seja cobrado.

REQUISITOS NECESSÁRIOS QUE DEVEM CONSTAR NA PEÇA:

As petições dos recursos deverão conter:

- exposição do fato e do direito: deve o recorrente descrever os fatos ocorridos e correlacionar com a norma jurídica;
- demonstração do cabimento do recurso interposto; neste ponto, deve o recorrente demonstrar que preencheu os requisitos gerais de interposição do recurso (por exemplo: cabimento, tempestividade, preparo etc) além da observância dos requisitos especiais (prequestionamento, repercussão geral, etc que trataremos a seguir). Não é facultativa a demonstração do cabimento, mas obrigatória.
- as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida: o recorrente deve demonstrar de forma cabal ao tribunal as razões pelas quais acredita que o recurso deva ser provido, de forma a reformar ou invalidar a decisão recorrida.

C) *PEÇAS DIRECIONADAS AO ESCRIVÃO OU SECRETÁRIO DO TRIBUNAL*

1ª) CARTA TESTEMUNHÁVEL

Conforme prevê o art. 639 do CPP, a *carta testemunhável* é cabível **contra decisão que denegar** ou, se admitida, **obsta a expedição e seguimento** a RESE e Agravo em execução.

> ***Art. 639**. Dar-se-á **carta testemunhável**:*
>
> *I - da decisão que denegar o recurso;*
>
> *II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo ad quem.*

Por ser um recursos de caráter subsidiário, a carta testemunhável **jamais** será cabível quando a legislação não tiver estabelecido um outro remédio para a resistência à decisão denegatória do recurso, ou que obsta o seu seguimento. Cita-se o exemplo do recurso de **apelação que foi denegada ou julgada deserta**, o recurso apropriado, neste caso, é o **RESE**, conforme art. 581, XV, do CPP. Porém, se **indeferir o processamento de RESE**, o caminho é a carta.

O art. 814 do Regimento Interno do TRF5 preceitua que:

> ***Art. 814.** Em matéria criminal, dar-se-á carta testemunhável em primeira instância:*
>
> *I - da **decisão que denegar o recurso em sentido estrito ou o agravo em execução**;*
>
> *II - da decisão que, embora tenha admitido o recurso ou o agravo, **obste a sua expedição ou seguimento ao Tribunal;***
>
> *III- da decisão **que não admitir o protesto por novo júri**.*

Portanto, a Carta Testemunhável é cabível quando da decisão que nega ou obsta a expedição e ou seguinte ao tribunal ou que não admite protesto por novo júri.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado fará referência a um recurso (RESE ou Agravo) que foi interposto pela defesa, mas que o juiz lhe **negou seguimento**.

Vejamos como o assunto foi cobrado pela banca.

(XXII Exame de Ordem) Daniel foi autor de um crime de homicídio doloso consumado em desfavor de William. Após a denúncia e ao fim da primeira fase do procedimento bifásico dos crimes dolosos contra a vida, ***Daniel foi pronunciado****. Inconformado, o advogado do acusado interpôs o recurso cabível* (RESE), *mas o juiz de primeira instância, ao realizar o primeiro juízo de admissibilidade,* ***negou seguimento ao recurso****. Novamente inconformado com a decisão, o defensor de Daniel impetrou nova medida.*

Considerando a situação narrada, assinale a opção que indica o recurso interposto da decisão de pronúncia e a medida para combater a decisão que denegou o recurso anterior, respetivamente.

c) Recurso em Sentido Estrito e Carta Testemunhável.

COMPETÊNCIA:

Interposição: A peça deve ser direcionada ao "ilustríssimo Senhor escrivão", ou ao "ilustríssimo Senhor secretário do tribunal", conforme o caso.

Razões: ao Egrégio Tribunal (art. 644 do CPP).

PRAZO:

Embora o CPP fale em "48 horas", entretanto, se deve considerar **2 dias**.

PARTES:

Cuidado com as terminologias. Estamos falando de um recurso que é carta testemunhável. Assim, temos: **testemunhante** (pessoa a quem o recurso foi denegado) e **testemunhado** (juiz que denegou ou negou seguimento ao recurso).

PEDIDO:

Que seja conhecido e provido o recurso, determinando o prosseguimento do pedido denegado ou obstado, para que o mesmo seja julgado.

ATENÇÃO!! Assim, como o RESE, a Carta Testemunhável também cabe **pedido de retratação**.

CASO PRÁTICO:

CASO PRÁTICO

Xisto foi processo por tráfico de droga e já cumpriu parte da penal. A defesa de Xisto verificou que ele cumpre os requisitos para a progressão do regime. Deste modo, requere a progressão de regime do fechado para o semiaberto.

O Ministério Público concordou com o pedido da defesa, visto Xisto perfazia os requisitos objetivo e subjetivo explicitados no artigo 112 da LEP.

*Após exame criminológico, **o juiz da vara das execuções penais conferiu livramento condicional ao condenado** sob o argumento de que este já havia cumprido mais de 1/3 da pena imposta e preenchia os demais requisitos do art. 83 do Código Penal.*

*Inconformado com a decisão, Douto Promotor de Justiça interpôs o devido **recurso de agravo em execução**.*

*Foram formados autos apartados para processamento do agravo em execução e mais uma vez de forma surpreendente laborou o **juiz de primeiro grau em evidente equívoco ao denegar o recurso interposto** pelo 'Parquet' sob a alegação de que 'carece o recurso ministerial de uma das condições de admissibilidade dos recursos, isto é, interesse-utilidade.*

Na qualidade de Assistente de Acusação do MP, apresente os argumentos necessário para combater a decisão do juiz.

3ª FASE – PÓS-PROCESSUAL ou DE EXECUÇÃO DA PENA

Na fase de execução, como já **houve uma sentença condenatória que transitou em julgado**, o acusado que, até então, era tido como *réu*, passa a ser denominado de *condenado*, devendo, portanto, cumprir a pena imposta pelo Estado.

Todavia, mesmo na fase de cumprimento de pena (execução), ainda é possível conseguir alguns benefícios para o condenado, até mesmo sua absolvição, conforme veremos a seguir.

Nessa fase são cabíveis as seguintes medidas (peças):

I) **de impugnação**

1ª) Revisão Criminal – Art. 621 do CPP

2ª) Reabilitação Criminal – art. 92 do CP, c/c art. 743 do CPP

3ª) Agravo em Execução – Art. 197 da LEP

II) **de benefícios**

4ª) Soma ou unificação da penal

5ª) Progressão de regime

6ª) Suspensão condicional da pena

7ª) Livramento condicional

Entre outras.

Das peças acima, a única que pode levar o condenado à absolvição é a Revisão criminal.

I) PEÇA DE IMPUGNAÇÃO

1ª) REVISÃO CRIMINAL

Ocorrendo um fato criminoso, este deve ser apurado pela autoridade policial e, **após a conclusão do inquérito policial**, este deve ser enviado ao MP. Recebido o inquérito e, entendendo que o acusado praticou o fato, o representante do MP oferece **denúncia** e, estando preenchidos os requisitos do art. 395 do CPP, o **juiz a recebe e cita o acusado** para se manifestar no prazo legal, ou seja: **responder à acusação** (art. 396 do CPP).

Cumprido o que determina o art. 396-A do CPP, caso esteja prevista alguma das situações do art. 397, o juiz deve **absolver** o réu ou, se considerando que o caso é complexo ou há vários acusados, concede às partes o prazo de **5 (cinco) dias** sucessivamente para a **apresentação de memoriais**. Na hipótese de ser condenado**,** o réu deve interpor os recursos cabíveis (RESE, apelação etc.).

Porém, se a sentença transitou em julgado (v.g., não apresentou apelação no prazo legal), resta ao acusado, agora condenado, cumprir a pena.

Então acabou? O condenado deve se conformar?

Não! Há sempre uma luz ao final do túnel.

Ainda que em fase de execução de pena é possível conseguir alguns benefícios para o condenado, ou até mesmo absolvê-lo.

Além do HC, o sistema processual penal brasileiro admite outra **forma de desconstituir uma decisão transitada em julgado,** qual seja: a REVISÃO CRIMINAL.

Mas afinal, o que vem a ser Revisão Criminal?

Nas lições de Avena (2013, p.1279), **revisão criminal** é uma medida que tem por objetivo a desconstituição da decisão judicial condenatória transitada em julgado.

Trata-se de uma **peça autônoma**, cuja natureza é de ação rescisória destinada a reapreciar decisão em que há vício de procedimento ou de julgamento.

PREVISÃO LEGAL DE CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

O CPP, em seu art. 621, dispõe:

> ***Art. 621.*** *A revisão dos processos findos será admitida:*

I - quando a ***sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal OU à evidência dos autos****;*

A **contrariedade ao texto da lei** significa que aquela decisão ignora a sua existência, provocando, por conseguinte, manifestação judiciosa definitiva diversa do que a norma estabelece.

Exemplos: prova produzida ilicitamente; pena fixada além do máximo permitida; provado que o acusado não praticou ou participou do fato.

> "*Se o defeito da sentença criminal diz respeito com a fixação da quantidade de pena, pode ele ser consertado em revisão, como preveem os arts. 621, I e 626 do Código de Processo Penal*" (STF – RHC Rel. Min. Antônio Neder – DJU, 04.05.73, p. 2.903).

Já **sentença contrária à evidência dos autos** é aquela que não tenha se amparado nas provas produzidas na persecução penal, ou sequer nos elementos informativos produzidos no inquérito policial.

II - quando a ***sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos*** *comprovadamente falsos;*

Nesta hipótese exigindo-se a demonstração da falsidade da prova e que tenha sido ela o único ou o principal fundamento da sentença, pois sua simples existência não permitirá a revisão criminal. Ou seja, exige-se que a prova reconhecidamente falsa tenha influído indubitavelmente na decisão do juiz.

No caso da revisão se fundar neste inciso, primeiramente deve-se fazer um **pedido de justificação criminal**, objetivando discutir a veracidade dos documentos, para só então propor a revisão criminal. (**Art. 381, § 5º do novo CPC**).

> **ATENÇÃO:** Na hipótese de cair na prova da OAB que seja feita uma revisão criminal com fundamento no inciso II, em regra não há a necessidade de se fazer o pedido de justificação, a não ser que o examinador deixe bem claro que tal pedido deve ser feito ou pelo menos que seja demonstrado que o revisionado já o fez em outro momento.

III - ***quando, após a sentença, se descobrirem <u>novas provas</u> de inocência*** *do condenado ou de* ***<u>circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena</u>***.

São consideradas "provas novas" aquelas preexistentes, não introduzidas no processo, ou mesmo aquelas que ingressaram nos autos, mas não foram devidamente valoradas.

Essas provas novas podem ser tanto da inocência do réu condenado, quanto de circunstâncias autorizadoras da diminuição especial da pena. Podem se basear em elementos probatórios que não foram objeto de apreciação pelo julgador, indiferentemente de já existirem antes da sentença ou somente após a condenação do acusado.

PECULIARIDADES DA PEÇA DE REVISÃO CRIMINAL

⇨ Cabível quando o acusado tenha sido **condenado ou aplicado imposição de medida de segurança** (absolvição imprópria)

⇨ **Peça autônoma** sujeita as condições da ação de procedibilidade impostas a toda ação criminal como: *possibilidade jurídica do pedido; legitimação ad causam e legítimo interesse*.

⇨ Deve-se qualificar as partes.

⇨ Cabe inclusive quando a condenação se origina de acórdão ou do tribunal do júri.

⇨ Cabe indenização pelos prejuízos sofridos (art. 630, CPP)

⇨ **Julgando procedente** a revisão, o tribunal poderá **alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.** (art. 626).

DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

Surgindo provas novas, que dependam de produção judicial, o revisionando poderá requerer ao juízo *a quo* que seja realizada audiência de justificação prévia (ou justificação criminal), cujo os fundamentos são arts. 381 e 382 do novo CPC.

> "*Se a prova nova for oral, caberá ao autor do pedido de revisão ajuizar previamente, perante o juiz de primeiro grau, justificação ou produção antecipada de prova de natureza criminal" (STJ, HC 140.618/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 2-8-2011, DJe de 29-8-2011).*

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O enunciado do problema deixará claro que houve uma decisão que transitou definitivamente em julgado, fazendo referência a uma das situações previstas no art. 621 do CPP.

Vejamos uma questão da 1ª fase da prova da OAB/FGV.

José foi absolvido em 1ª instância após ser denunciado pela prática de um crime de extorsão em face de Marina. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, sendo a sentença de primeiro grau reformada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para condenar o réu à pena de 05 anos, sendo certo que o acórdão transitou em julgado. Sete anos depois da condenação, já tendo cumprido integralmente a pena, José vem a falecer. Posteriormente, Caio, filho de José, encontrou um vídeo no qual foi gravada uma conversa de José e Marina, onde esta admite que mentiu ao dizer que foi vítima do crime pelo qual José foi condenado, mas que a atitude foi tomada por ciúmes. (OAB – 1ª fase – XX Exame – FGV/2016)

COMPETÊNCIA:

A peça deve ser direcionada sempre ao órgão superior que proferiu a decisão.

Se a decisão que transitou em julgado foi proferida por:

=>Juiz de 1ª instância, será para o TJ;

=>TJ, será para o STJ;

=>STJ, será para o STF.

LEGITIMADOS:

Pode ser requerida pelo **próprio réu** ou por **procurador legalmente habilitado** ou, no caso de morte do réu, pelo **cônjuge, ascendente, descendente ou irmão**. (art. 623).

PRAZO:

A revisão criminal **poderá ser requerida a qualquer tempo**, antes ou após a extinção da pena (art. 622).

TESES:

Para encontrar as teses deve-se inicialmente analisar o art. 621 em seguida o art. 386, ambos do CPP.

PEDIDO:

Que julgada procedente a ação revisional, para que ....(absolva o revisionado ou diminua a pena), *com fundamento no art. 626 c/ art. 386, ... do CPP.*

CUIDADO! O **pedido de absolvição** deve ser sempre fundamento nos art. 626 c/c art. 386 (e respectivo inciso), ambos do CPP.

CASO PRÁTICO

CASO PRÁTICO

Jane, no dia 18 de outubro de 2010, na cidade de Cuiabá – MT, subtraiu veículo automotor de propriedade de Gabriela. Tal subtração ocorreu no momento em que a vítima saltou do carro para buscar um pertence que havia esquecido em casa, deixando-o aberto e com a chave na ignição. Jane, ao ver tal situação, aproveitou-se e subtraiu o bem, com o intuito de revendê-lo no Paraguai. Imediatamente, a vítima chamou a polícia e esta empreendeu perseguição ininterrupta, tendo prendido Jane em flagrante somente no dia seguinte, exatamente quando esta tentava cruzar a fronteira para negociar a venda do bem, que estava guardado em local não revelado.

Em 30 de outubro de 2010, a denúncia foi recebida. No curso do processo, as testemunhas arroladas afirmaram que a ré estava, realmente, negociando a venda do bem no país vizinho e que havia um comprador, terceiro de boa-fé arrolado como testemunha, o qual, em suas declarações, ratificou os fatos. Também ficou apurado que Jane possuía maus antecedentes e reincidente específica nesse tipo de crime, bem como que Gabriela havia morrido no dia seguinte à subtração, vítima de enfarte sofrido logo após os fatos, já que o veículo era essencial à sua subsistência. A ré confessou o crime em seu interrogatório.

Ao cabo da instrução criminal, a ré foi condenada a cinco anos de reclusão no regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo sido levada em consideração a confissão, a reincidência específica, os maus antecedentes e as consequências do crime, quais sejam, a morte da vítima e os danos decorrentes da subtração de bem essencial à sua subsistência.

A condenação transitou definitivamente em julgado, e a ré iniciou o cumprimento da pena em 10 de novembro de 2012. No dia 5 de março de 2013, você, já na condição de advogado(a) de Jane, recebe em seu escritório a mãe de Jane, acompanhada de Gabriel, único parente vivo da vítima, que se identificou como sendo filho desta.

Ele informou que, no dia 27 de outubro de 2010, Jane, acolhendo os conselhos maternos, lhe telefonou, indicando o local onde o veículo estava escondido. O filho da vítima, nunca mencionado no processo, informou que no mesmo dia do telefonema, foi ao local e pegou o veículo de volta, sem nenhum embaraço, bem como que tal veículo estava em seu poder desde então.

Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija a peça cabível, excluindo a possibilidade de impetração de Habeas Corpus, sustentando, para tanto, as teses jurídicas pertinentes. (X Exame de Ordem)

PADRÃO DE RESPOSTA / ESPELHO DE CORREÇÃO

O candidato deve redigir uma revisão criminal, com fundamento no art. 621, I e/ou III, do Código de Processo Penal. Deverá ser feita uma única petição, dirigida ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, onde o candidato deverá argumentar que, após a sentença, foi descoberta causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 16 do Código Penal, qual seja, arrependimento posterior. O agente, anteriormente ao recebimento da denúncia, por ato voluntário, restituiu a res furtiva, sendo certo que tal restituição foi integral e que, portanto, faz jus ao máximo de diminuição. Assim, deverá pleitear, com base no art. 626 do Código de Processo Penal, a modificação da pena imposta, para que seja considerada referida causa de diminuição de pena.

Além disso, o fato novo comprova que o veículo não chegou a ser transportado para o exterior, não tendo se iniciado qualquer ato de execução referente à qualificadora prevista no §5º do artigo 155 do Código Penal. Por isso, cabível a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal).

O candidato deve redigir uma revisão criminal, com fundamento no art. 621, I e/ou III, do Código de Processo Penal. Deverá ser feita uma única petição, dirigida ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, onde o candidato deverá argumentar que, após a sentença, foi descoberta causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 16 do Código Penal, qual seja, arrependimento posterior. O agente, anteriormente ao recebimento da

denúncia, por ato voluntário, restituiu a res furtiva, sendo certo que tal restituição foi integral e que, portanto, faz jus ao máximo de diminuição. Assim, deverá pleitear, com base no art. 626 do Código de Processo Penal, a modificação da pena imposta, para que seja considerada referida causa de diminuição de pena.

Além disso, o fato novo comprova que o veículo não chegou a ser transportado para o exterior, não tendo se iniciado qualquer ato de execução referente à qualificadora prevista no §5º do artigo 155 do Código Penal. Por isso, cabível a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal).

2ª) REABILITAÇÃO CRIMINAL

Reabilitação Criminal pode ser entendida como uma declaração judicial de que o condenado está regenerado. Tem como natureza eliminar os efeitos secundários da condenação e assegurar o sigilo dos registros criminais (art. 93 do CP).

Segundo Jhéssica Luara Alves de Lima (Online)

> *"Reabilitação Criminal é um benefício jurídico criado com o intuito de restituir o condenado ao seu status quo ante, ou seja, para sua situação anterior à condenação, retirando de sua ficha de antecedentes criminais as anotações negativas nela apostas".*

A Reabilitação Criminal tem fundamentação legal no art. 94 do CP.

> ***Art. 94**. A reabilitação poderá ser requerida, **decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta**, de qualquer modo, **a pena ou terminar sua execução**, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:*
>
> *I - **tenha tido domicílio no País** no prazo acima referido;*
>
> *II - tenha dado, durante esse tempo, **demonstração efetiva e constante de bom comportamento** público e privado;*
>
> *III - **tenha ressarcido o dano causado** pelo crime **ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer**, até o dia do pedido, **ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima** ou novação da dívida.*
>
> *Parágrafo único - **Negada** a reabilitação, **poderá ser requerida, a qualquer tempo**, desde que o pedido seja instruído **com novos elementos comprobatórios** dos requisitos necessários.*

Ressalta-se que o CPP também disciplina o assunto nos seguintes artigos:

> ***Art. 743.*** *A reabilitação será requerida ao juiz da condenação,* ***após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos****, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.*
>
> ***Art. 744.*** *O requerimento será instruído com:*
>
> *I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal, em qualquer das comarcas em que houver residido durante o prazo a que se refere o artigo anterior;*
>
> *II - atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento;*
>
> *III - atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado;*
>
> *IV - quaisquer outros documentos que sirvam como prova de sua regeneração;*
>
> *V - prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.*

Há divergência jurisprudencial, prevalecendo o entendimento de que o pedido de reabilitação ainda se submete a disciplina adotada no CPP.

Todavia, para a prova da OAB isso não nos interessa, pois temos que levar em consideração o que é mais benéfico para o acusado. Assim, devemos considerar o disposto do CP.

Interessante consignar que a LEP também trata do assunto em seu art. 202. Vejamos.

> ***Art. 202****. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.*

Observa-se que, conforme o art. 94 do CP, **o benefício pode ser requerido depois de decorridos dois anos de extinção da pena**. Já o

art. 202 da LEP é omisso, não fazendo qualquer referência a tempo para ser requeridos, ou seja, cumprida a pena, o benefício pode ser requerido.

Assim, por se tratar de situação mais benéfica para o condenado, o art. 202 da LEP, que é **lei especial, prevalece sobre o CP**. => "*Lex specialis derogat legi generali*".

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

Na prova da OAB dificilmente será cobrada uma peça dessa natureza. Entretanto, há possibilidade de ser objeto de avaliação nas questões discursivas.

=> O enunciado do problema deixará claro já decorreram dois anos ou mais em que a pena foi extinta ou cumprida integramente

REQUISITOS PARA CONCESSÃO.

Os requisitos são os previstos do já citado art. 94.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Art. 94 do CP.

LEGITIMADOS:

O próprio interessado.

PRAZO:

Quando preenchidos os requisitos

COMPETÊNCIA:

Juiz da condenação, mesmo que a condenação tiver sido proferida em tribunal, nos termos do art. 743 do CPP.

ATEÇÃO!

Recurso cabível contra decisão que nega o pedido de Reabilitação:

Caso seja negado, o pedido de Reabilitação Criminal pode ser feito novamente a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos probatórios dos requisitos.

Todavia, **contra decisão que concede ou nega a reabilitação, cabe apelaçã**o.

3ª) AGRAVO EM EXECUÇÃO

Após o trânsito em julgado, o réu, que até então era apenas acusado, agora é considerado culpado e condenado (art. 5º, LVVI, da CF) e passa a cumprir a pena imposta. Entretanto, mesmo havendo trânsito em julgado ainda é possível requerer para o condenado vários benefícios.

Esses benefícios, com exceção da Revisão Criminal e da Reabilitação, devem ser **requeridos ao juiz da vara das execuções penais,** o qual tem competência para apreciá-los.

Todavia, se algum benefício, cujos requisitos estavam preenchidos, foi requerido e o magistrado da vara das execuções penais o indeferiu, qual providência a ser tomada?

Segundo o disposto no art.197 da LEP "*das decisões proferidas pelo juiz caberá* ***recurso de agravo, sem efeito suspensivo***."

Portanto, a providência será Interpor **recurso de agravo em execução**, nos termos do art. 197 da LEP.

PECULIARIDADES DO AGRAVO EM EXECUÇÃO

Por ser peça semelhante ao RESE, o Agravo em Execução diferencia-se daquele na fundamentação e nas teses, cabendo inclusive **juízo de retratação** (art. 589 do CPP).

Caso seja o recurso denegado, cabe **carta testemunhável**, nos termos do art. 639 do CPP.

BENEFÍCIOS QUE PODEM SER CONCEDIDOS PELO JUIZ DA VARA DAS EXECUÇÕES

Dentre as decisões proferidas pelo juiz da vara das execuções, o art. 66 da Lei 7.2107/84 – LEP -, preceitua que:

> ***Art. 66****. Compete ao Juiz da execução:*

*I - **aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado**;*

*II - **declarar extinta a punibilidade**;*

*III - **decidir sobre:***

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

*IV - **autorizar saídas temporárias;***

*V - **determinar:***

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

*VI - **zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;***

*VII - **inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;***

*VIII - **interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;***

IX - ***compor e instalar o Conselho da Comunidade.***

X – ***emitir anualmente atestado de pena a cumprir***. *(Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)*

Assim, caso seja requerido algum desses benefícios e o juiz da vara das execuções penais o negou, cabe Agravo em Execução nos termos do art. 197 da LEP.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA

=> O enunciado do problema deixará claro que o condenado (*definitivamente, pois houve sentença com trânsito em julgado*) fez um pedido, com base no art. 66 do CP, ao juiz da Vara das Execuções Penais, mas que foi indeferido.

PRAZO:

5 dias, conforme **Súmulas 699 e 700 do STF**.

DICA: Não deixe de citar essas súmulas na peça.

COMPETÊNCIA:

Interposição: juiz da vara das execuções.

Razões: Egrégio Tribunal.

CASOS PRÁTICOS

CASO PRÁTICO

(XII Exame/FGV 2013.3) *Marcos, jovem inimputável conforme o Art. 26 do CP, foi denunciado pela prática de determinado crime. Após o regular andamento do feito, o magistrado entendeu por bem aplicar medida de segurança consistente em internação em hospital psiquiátrico por período mínimo de 03 (três) anos. Após o cumprimento do período supramencionado, o advogado de Marcos requer ao juízo de execução que seja realizado o exame de cessação de periculosidade, requerimento que foi deferido. É realizada uma rigorosa perícia, e os experts atestam a cura do internado, opinando, consequentemente, por sua desinternação. O magistrado então, baseando-se no exame pericial realizado por médicos psiquiatras, exara sentença determinando a desinternação de Marcos. O Parquet, devidamente intimado da sentença proferida pelo juízo da execução, interpõe o recurso cabível na espécie.*

A partir do caso apresentado, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

a) Qual o recurso cabível da sentença proferida pelo magistrado determinando a desinternação de Marcos? (Valor: 0,75)

b) Qual o prazo para interposição desse recurso? (Valor: 0,25)

c) A interposição desse recurso suspende ou não a eficácia da sentença proferida pelo magistrado? (Valor: 0,25)

Padrão de Resposta da FGV:

a) Como se trata de decisão proferida pelo juiz da execução penal, o recurso cabível é o Agravo, previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal - 7.210/84.

b) O prazo para a interposição do recurso é de 05 (cinco) dias, contados da data da publicação da decisão no D.O., conforme dispõem as Súmulas do STF 699 e 700.

Súmula 699 - O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a lei 8038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/1994 ao código de processo civil.

Súmula 700 - É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

c) Via de regra, o recurso de Agravo em Execução não tem efeito suspensivo, conforme previsão do Art. 197 da LEP. Todavia, a hipótese tratada no enunciado é a única exceção à regra supramencionada, i.e., o agravo possui, na hipótese do enunciado, efeito suspensivo, conforme previsto no Art. 179 da LEP.

Portanto, a interposição desse recurso suspende a eficácia da sentença.

II) PEÇAS DE BENEFÍCIOS

Na fase de cumprimento de pena, **o condenado faz jus a vários benefícios**, os quais devem ser requeridos ao juiz da vara das execuções penais, conforme previstos no **art. 66 da LEP**.

Vejamos quais são esses benefícios.

1ª) SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS

Por expressa previsão do art. 75 do CP, em nosso país, ninguém pode ficar preso por mais de 40 anos, mesmo que tenha sofrido uma de 100 anos, por exemplo.

> ***Art. 75.*** *O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade* ***não pode ser superior a 40 (quarenta) anos****.* ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *§ 1º Quando o agente for* ***condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos****, devem elas ser UNIFICADAS para atender ao limite máximo deste artigo.* ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *§ 2º -* ***Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena****, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.* (grifo nosso)

O **objetivo da unificação da pena** é delimitar o regime inicial do cumprimento da pena para a obtenção de qualquer benefício e para baixar a pena do apenado, **se forem crimes da mesma espécie**.

Na hipótese do acusado ser **condenado por dois ou mais crimes**, a determinação do regime de **cumprimento se dará pela** SOMA ou UNIFICAÇÃO DAS PENAS, com base no art. 111 da LEP.

> ***Art. 111****. Quando houver c****ondenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos****, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.*
>
> *Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.*

A regra é que, ocorrendo processos diferentes, a autoridade judiciária prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes (art. 82 do CPP).

Todavia, quando não for aplicada por qualquer motivo ou sendo impossível de ser aplicada pelo juízo de conhecimento, **a soma ou unificação das penas será realizada pelo juiz da vara das execuções penais**, conforme art. 66, III, "a", da LEP.

> ***Art. 66.*** *Compete ao Juiz da execução:*
>
> *III - decidir sobre:*
>
> *a)* ***soma ou unificação de penas****;*

Soma é a adição de diversas apenações de um condenado para servir de parâmetro para os cálculos da execução.

Unificação é a reunião de diversas apenações de um condenado para observar o limite do art. 75 do CP, ou em obediência as regras de conexão e continência.

QUANDO OCORRE SOMA E UNIFICAÇÃO DAS PENAS?

A **soma das penas** ocorre no caso de concurso material (arts. 69, 70, par.único 71, par.único, última parte) e no concurso formal imperfeito[26] (art. 70, *caput,* 2ª parte).

Já a **unificação das penas** se verifica no concurso formal perfeito[27] (art. 70, *caput,* 1ª parte, do CP) e no crime continuado (art. 71 do CP).

SUPER DICA:

- **Soma** = Concurso material e concurso formal imperfeito => parâmetro para os cálculos da execução
- **Unificação** = concurso formal perfeito e crime continuado => observar o limite do Art. 75 do CP.

---

[26] **Imperfeito, ou impróprio,** é a modalidade de concurso formal que se verifica quando a conduta dolosa do agente e os crimes concorrentes derivam de desígnios autônomos. Existem, portanto, dois crimes dolosos." (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 7ª ed. São Paulo: Método, 2019. p. 426-427).

[27] **Concurso formal perfeito (**ou **próprio)**, é a espécie de concurso formal em que o agente realiza a conduta típica, que produz dois ou mais resultados, sem atuar com desígnios autônomos. Desígnio autônomo, ou pluralidade de desígnios, é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre os crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposo. (Idem).

CUIDADO com a Súmula 715 do STF:

*A **pena unificada** para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, **não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável** de execução.*

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão deixará claro que o condenado foi processado por vários crimes, em datas distintas.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Art. 71 do CP e art. 66, III, "a", da LEP.

LEGITIMADOS:

Podem requerer o benefício o condenado, seu representante legal e CADI. das execuções penais.

RECURSO CABÍVEL:

Caso o pedido seja indeferido, cabe AGRAVO EM EXECUÇÃO, nos termos do art. 197 da LEP.

2ª) PROGRESSÃO DE REGIME

Entende-se por progressão do regime a **passagem de regime de cumprimento de pena mais gravoso para outro mais brando**. Conforme o art. 112 da LEP, a progressão para o regime menos rigoroso pressupõe o preenchimento, simultâneo, dos **requisitos objetivo e subjetivo**.

Antes da Lei nº 13.964/2019 (novo pacote anticrime), para progredir de regime era exigido do apenada o cumprimento de 1/6 da pena e, cumulativamente, a demonstração de bom comportamento atestado pelo Diretor da Penitenciaria. Preenchido esses requisitos, o apenado que tivesse cumprindo pena em regime fechado progredia pro semi-aberto.

Entretanto, com o advento da **Lei nº 13.964/2019,** que alterou o Art. 112 da LEP, **a progressão de regime passa agora a ser em**

porcentagens, piorando a situação do apenado. Vejamos a nova redação do citado artigo.

> ***Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva*** *com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:* ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
>
> *§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do*

estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***

§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Preenchidos os limites legais, o condenado que compre pena privativa de liberdade, deve ser transferido para o regime mais brando.

Se o cumprimento da pena começar no regime fechado, o sentenciado deve passar pelo regime semiaberto e só depois seguir para o aberto.

REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

Como dito, a **Lei 13.964/2019/2019** inseriu significativas modificações no que diz respeito à progressão de regime.

A progressão de regime prisional, a partir da vigência da lei em 23/01/2020, exigirá um maior período de cumprimento da penal, conforme abaixo demonstrado[28]:

1) Requisito objetivo (temporal):

Lei 13.964/2019			Redação anterior
Sem violência ou grave ameaça	Primário	16% - Art.112, inciso I, da LEP	1/6 – Art.112 da LEP
	Reincidente	20% - Art.112, inciso II, da LEP	
Com violência ou grave ameaça	Primário	25% - Art. 112, inciso III, da LEP	1/6 – Art. 112 da LEP
	Reincidente	30% Ar. 112, inciso IV, da LEP	
Crime hediondo ou equiparado	Primário	40% Art. 112, inciso V, da LEP	2/5 - Art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90
		Se houver morte: 50%, vedado o livramento condicional – Art.112, inciso VI, alínea "a", da LEP	
	Reincidente	60% - Art.112, inciso VII, da LEP	3/5 - Art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90
		Se houver morte: 70%, vedado o livramento condicional – Art.112, inciso VIII,	

[28] Quadro elaborado por Bárbara Cristina Lopes. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime#_ftn1

		da LEP	
Comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de **crime hediondo ou equiparado**		50% - Art.112, inciso VI, alínea "b", da LEP	1/6 – Art. 112 da LEP
Milícia privada		50% - Art. 112, inciso VI, alínea "c", da LEP	1/6 – Art.112 da LEP

2) Requisito subjetivo

Bom comportamento carcerário, atestado por certidão emitida pelo Diretor do estabelecimento prisional em que o sentenciado encontrar-se recolhido.

> ***Art. 112. ...*** *§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.* ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***

Crimes praticados contra a Administração Pública

Se o crime for contra a administração pública, além de bom comportamento carcerário, o condenado deve ter reparado o dano ou devolvido a coisa, nos termos do **art. 33. § 4º, do CP**.

CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMULADA DE PENA DE MULTA

MUITO CUIDADO!! Se houve condenação a pena privativa de liberdade cumulada de pena de multa, para fazer jus à progressão de regime, o STF já se manifestou no sentido de que o condenado deve ter pago a multa ou pelos menos demonstrar a impossibilidade de pagá-la, visto que a multa tem caráter de sansão penal.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão deixará claro que **houve uma sentença condenatória que transitou em julgado**, que o condenado cumpre pena há algum tempo e preenche os requisitos vistos acima.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Arts. 66, III, "b" e 112 da LEP.

LEGITIMADOS:

Podem requerer o benefício o condenado, seu representante legal e CADI.

PRAZO:

Quando preenchidos os requisitos

COMPETÊNCIA:

Deve ser feito em 2 peças:

Interposição: direcionada ao Juiz da Vara das Execuções Penais

Razões: direcionada ao Egrégio Tribunal

RECURSO CABÍVEL:

Caso o pedido seja indeferido, cabe AGRAVO EM EXECUÇÃO, nos termos do art. 197 da LEP.

CASO PRÁTICO

CASO PRÁTICO:

Lucas, processado em liberdade foi condenado na primeira instância à pena de 5 (cinco) anos em regime integralmente fechado, pelo crime de tráfico de drogas, cometido em setembro de 2006. Interpôs Recurso de Apelação o qual foi parcialmente provido. Após o trânsito em julgado, Lucas deu inicio ao cumprimento de pena em 10 de fevereiro de 2009. O juiz da execução, em 10 de outubro de 2010, negou a progressão do regime sob o fundamento de que Lucas ainda não havia cumprido 2/5 da pena*, em que pese os demais requisitos tenham sido preenchidos. Diante dos fatos e da decisão acima exposta, sendo que sua intimação na condição de advogado de Lucas ocorreu em 11.10.2010:*

I Indique o recurso cabível;

II Apresente a argumentação adequada, indicando os respectivos dispositivos legais. (OAB - 2ª fase/2010.2)

RESPOSTA:

No caso em tela, o recurso cabível é o **agravo em execução**, nos termos do art. 197 da LEP, que deve ser interposto **no prazo de 5 dias** e direcionado ao juiz da **vara das execuções penais,** e as razões do recurso devem ser direcionada ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Quanto à argumentação, trata-se da aplicação da Súmula vinculante nº 26 do STF.

*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por **crime hediondo, ou equiparado**, o juízo da execução **observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

Quanto aos requisitos para a concessão da progressão de regime, Veja o art. 112 da LEP.

Portanto, Lucas preenche os requisitos subjetivos e objetivos.

Quanto à data para a interposição do recurso, essa será em 16.10.2010.

3ª) SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Preceitua a Lei de Execução Penal:

***Art. 66. Compete ao Juiz da execução**:*

III - decidir sobre:

(...)

*d) **suspensão condicional da pena**;*

***Art. 156**. O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal.*

Por sua vez, dispõe o Código Penal:

> ***Art. 77.*** *A execução da* ***pena privativa de liberdade****, não superior a 2 (dois) anos,* ***poderá ser suspensa****, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:*
>
> *I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;*
>
> *II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;*
>
> *III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.*

O **SURIS ou Suspensão Condicional da Pena** é uma medida penal que tem por objetivo fazer com que o condenado – que cometeu um deleito de menor gravidade - não cumpra pena privativa de liberdade de curta duração, quando preenchidos os requisitos.

REQUISITOS (OU PRESSUSPOSTOS) PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO:

O "sursis" só será cabível quando preenchidos cumulativamente os requisitos previstos nos incisos I, II e III, do art. 77 do CP conforme visto acima.

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão deixará claro que **houve uma sentença condenatória que transitou em julgado**, que o condenado cumpre pena há algum tempo e preenche os requisitos vistos acima.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Art. 77 do CP e Art. 156 da LEP.

LEGITIMADOS:

Podem requerer o benefício o condenado, seu representante legal e CADI.

PRAZO:

Quando preenchidos os requisitos.

COMPETÊNCIA:

Juiz da vara das execuções penais.

RECURSO CABÍVEL:

Caso o pedido seja indeferido, cabe AGRAVO EM EXECUÇÃO, nos termos do art. 197 da LEP.

4ª) LIVRAMENTO CONDICIONAL

Segundo leciona Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 502), o Livramento Condicional é um instituto

> *"destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições."*

Trata-se de uma **liberdade antecipada** que, atendidas as condições(requisitos) estabelecidas no art. 83 do CP, deve ser concedida ao **condenado que já cumpriu uma parte da pena** que lhe foi imposta.

Vejamos os **requisitos**

Requisitos:	**Art. 83 do Código Penal**
Objetivos:	***Art. 83**. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a **pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos**, desde que:*
Objetivos:	*I - cumprida **mais de 1/3 da pena** se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;*
Objetivos:	*II - cumprida **mais da metade** se o condenado for reincidente em crime doloso;*
Subjetivos:	*III – comprovado:* *a) bom comportamento durante a execução da pena; **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*** *b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***

	c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*** *d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***
Objetivos:	*IV - tenha* ***reparado****, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo,* ***o dano causado*** *pela infração;*
Objetivos:	*V -* ***cumpridos mais de dois terços da pena****, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.* ***(****Redação dada pela Lei 13.344, de 6.10.2016)*
Subjetivos:	*Parágrafo único - Para o* ***condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa****, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.*

Requisitos OBJETIVOS para livramento condicional de acordo com alterações do "Pacote Anticrime" - Lei 13.964/2019[29]			**Lei atual**
Sem violência ou grave ameaça	Primário	Sem alteração específica	Mais de 1/3 – Art. 83, do CP
	Reincidente	Sem alteração específica	Mais de 1/2 – Art. 83, do CP
Com violência ou grave ameaça	Primário	Sem alteração específica	Mais de 1/3 – Art.83, do CP
	Reincidente	Sem alteração específica	Mais de 1/2 – Art. 83, do CP
Crime hediondo ou equiparado	Primário	Se houver morte é vedado o livramento condicional - Artigo 112, inciso VI, alínea "a", da LEP	Mais de 2/3 – Art.83, do CP

[29] Quadro elaborado por Bárbara Cristina Lopes, Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime#_ftn2

	Reincidente	Se houver morte é vedado o livramento condicional - Artigo 112, inciso VIII, da LEP	Mais de 2/3, vedado para reincidentes em crimes desta natureza - Ar. 83, do CP
Comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de **crime hediondo ou equiparado**		Se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo, é vedado o livramento condicional - Artigo 2º, §9º, da Lei 12.850/13	Mais de 1/3 para primários e mais de 1/2 para reincidentes – Art. 83, do CP
Milícia privada		Sem alteração específica	Mais de 1/3 para primários e mais de 1/2 para reincidentes – Art. 83, do CP

ATENÇÃO para as súmulas abaixo:

Súmula 715 do STF: *A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o* ***livramento condicional*** ou regime mais favorável *de execução.*

Súmula 441 do STJ: *A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.*

A QUEM DEVE SER REQUERIDO:

O livramento **condicional deve ser requerido ao juiz da vara das execuções penais**, o qual tem competência para concedê-lo, conforme prevê o art. 131 da LEP.

> ***Art. 131****. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.*

COMO IDENTIFICAR A PEÇA:

=> O enunciado da questão deixará claro que o acusado foi **condenado a uma pena igual ou superior a dois anos** e que preenche algum dos requisitos previstos no art. 83 do CP.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Art. 83 do CP c/c art. 131 e seguintes da LEP.

LEGITIMADOS:

Podem requerer o benefício o condenado, seu representante legal e CADI.

PRAZO:

Quando preenchidos os requisitos. (Observe que os requisitos I e II cumulam com o III e IV)

COMPETÊNCIA:

Juiz da vara das execuções penais.

RECURSO CABÍVEL:

Caso o pedido seja indeferido, cabe Agravo em Execução, nos termos do art. 197 da LEP.

SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS SOBRE COMO IDENTIFICAR CADA PEÇA

Aprendemos a identificar a peça e algumas de suas peculiaridades. Agora, para assimilar o que foi estudado, vamos treinar e resolver situações hipotéticas, analisando-as passo a passo.

Para uma melhor fixação do estudo, vamos trabalhar com um caso concreto.

1ª SITUAÇÃO:

> ***JOÃO, homem honesto, bons antecedentes, com residência fixa e pai de família, na companhia de outros três indivíduos, foi preso em flagrante logo após ter tirado a carteira do bolso de ALFREDO na presença de várias testemunhas. Levado à delegacia, foi lavrado auto de prisão em flagrante e João permaneceu preso.***

RESOLVENDO A 1ª SITUAÇÃO

A conduta de João configura **furto** e, portanto, a prisão foi feita dentro da legalidade, já que foi preso na hora em que estava cometendo o fato. Entretanto, a situação apresentada deixa claro que João, além de ter residência fixa, é homem de boa índole.

Ressalta-se ainda, que a conduta de João não se enquadra nas hipóteses dos art. 313 e 324 do CPP.

> ***Art. 313***. *Nos termos do art. 312 deste Código,* ***será admitida a decretação da prisão preventiva****: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *I - nos* ***crimes dolosos*** *punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> *II - se tiver sido* ***condenado por outro crime doloso****, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
>
> *III - se o* ***crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência****, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
>
> *IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).*

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***

Art. 314. *A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.* ***(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).***

O Código de Processo Penal determina que:

Art. 310*.* ***Após receber o auto de prisão em flagrante****, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o* ***juiz deverá promover audiência de custódia*** *com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o* ***juiz deverá, fundamentadamente****:* *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

III - conceder ***liberdade provisória****, com ou sem fiança.*

Art. 321*.* ***Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva****, o juiz deverá conceder* ***LIBERDADE PROVISÓRIA****, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.* (grifamos)

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVI dispõe que,

LXVI - ***ninguém será levado à prisão ou nela mantido****, quando a lei admitir a* ***liberdade provisória****, com ou sem fiança;* (grifamos)

Logo, na presente situação, a peça cabível é **LIBERDADE PROVISÓRIA**, já que a **prisão de João é legal**, entretanto, desnecessária.

2ª SITUAÇÃO:

... O delegado de polícia não comunicou o fato à autoridade competente e nem entregou a nota de culpa a João.

RESOLVENDO A 2ª SITUAÇÃO

Dispõe o CPP que:

> ***Art. 306.*** *A* ***prisão de qualquer pessoa e o local*** *onde se encontre* ***serão comunicados imediatamente*** *ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão,* ***será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante*** *e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*
>
> *§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a* ***nota de culpa****, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.* (grifamos)

Na presente situação, o fato de o delegado deixar de comunicar a prisão à autoridade competente, nem entregar a nota de culpa a João, a **prisão tornou-se ilegal.**

A Constituição Federal previu no art. 5º, LXV que

> *"a prisão ilegal será* ***imediatamente relaxada*** *pela autoridade judiciária;"* (grifamos)

Nesse diapasão, o Código de Processo Penal determina que:

> ***Art. 310****.* ***Após receber o auto de prisão em flagrante****, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o* ***juiz deverá promover audiência de custódia*** *com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o* ***juiz deverá, fundamentadamente****: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *I -* ***relaxar a prisão ilegal****;*

Logo, **RELAXAMENTO DA PRISÃO** será a peça cabível nessa situação.

3ª SITUAÇÃO:

> ***... Concluído inquérito, este foi enviado ao Ministério Público; entendendo por bem, o Promotor de Justiça denunciou João, juntamente com outros comparsas, pela prática de furto, nos termos do art. 155 do CP.***

O juiz recebeu a denúncia e determinou a citação de João para apresentar sua defesa.

RESOLVENDO A 3ª SITUAÇÃO

Perceba que, na presente situação, o MP ofereceu a denúncia e o juiz a recebeu. Nesse caso, veja o que diz o CPP:

> ***Art. 396.*** *Nos procedimentos ordinário e sumário,* ***oferecida a denúncia ou queixa****, o juiz, se não a rejeitar liminarmente,* ***recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação****, por escrito, no* ***prazo de 10 (dez) dias****.* (grifamos)

Se o juiz recebe a denúncia ou queixa, o caso saiu da fase de inquérito e entrou na fase processual. Desta forma, o acusado deve fazer sua primeira defesa no processo, que consiste na **RESPOSTA À ACUSAÇÃO**, nos termos do art. 396 do CPP.

4ª SITUAÇÃO:

... Apresentada a defesa pelo acusado, entendendo o MM magistrado que o caso era complexo, pois haviam outros acusados, determinou então a manifestação por escrito.

RESOLVENDO A 4ª SITUAÇÃO

A situação deixa claro que o juiz entendeu ser complexo o caso; logo, a peça cabível será MEMORIAIS, conforme prevê o CPP.

> ***Art. 403****.*
>
> *§ 3º O juiz poderá,* ***considerada a complexidade do caso ou o número de acusados****, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o* ***prazo de 10 (dez) dias*** *para proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).* (grifamos)

5ª SITUAÇÃO:

Após manifestação do acusado, o MM juiz entendeu que João usou de violência desnecessária, além de ter agido em concursos com outras pessoas e o condenou a 4 ano e 3 meses de prisão, embora as testemunhas tenham afirmado que o acusado não usou de violência para praticar a conduta.

RESOLVENDO A 5ª SITUAÇÃO

Aqui houve uma sentença condenatória e, portanto, o CPP é bem objetivo quanto a essa situação.

> ***Art. 593.*** *Caberá APELAÇÃO no prazo de* ***5 (cinco) dias****:*
>
> *I - das* ***sentenças definitivas de condenação*** *ou absolvição proferidas por juiz singular;* (grifamos)

Na presente situação hipotética está claro que João apenas tirou a carteira do bolso da vítima, não fazendo referência a qualquer ato de violência provocado por ele, caracterizando sua atitude crime de furto (art. 155 do CP). Entretanto, o juiz o condenou por crime de roubo em concurso de pessoas (art. 157, II, do CP).

Nesta situação, como não há provas de que o acusado agiu com violência, **deve-se requerer a desclassificação para o crime de furto** (art. 155 do CP). Feito isto, a pena será reduzida e, consequentemente, haverá vários pedidos a serem feitos nas teses subsidiárias. Mas isto será visto mais adiante.

6ª SITUAÇÃO:

> ***O MP apresentou as razões de Apelação e o TJ manteve a decisão. A defesa de João, por NÃO tomar ciência da decisão, não se manifestou no prazo legal e a sentença transitou em julgado.***

RESOLVENDO A 6ª SITUAÇÃO

O **acusado não teve ciência da decisão judicial**, assim não pode se manifestar.

Como a **sentença transitou em julgado**, a única forma de João manifestar sua insatisfação é por meio da REVISÃO CRIMINAL.

O Código de Processo Penal dispõe que:

> ***Art. 621****. A revisão dos processos findos será admitida:*
>
> *I - quando a* ***sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal*** *ou* ***à evidência dos auto[30]s;*** (grifamos)

Como João não foi citado, consequentemente, não teve como se defender. Portando, **há nulidade em razão do afronto ao princípio do contraditório e da ampla defesa** (CF, art. 5º, LV).

---

[30] **Sentença contrária à evidência** dos autos é aquela que se revela totalmente divorciada dos elementos probatórios produzidos na instrução.

Na presente situação, João não tomou conhecimento da decisão do juiz que deveria ser feita por meio da citação e, portanto, não teve como exercer seu direito de ampla defesa.

Logo, **REVISÃO CRIMINAL** será a peça cabível nessa situação.

CITAÇÃO:

No Processo Penal a **citação por mandado** é a REGRA.

Veja o que determina o art. 351 do CPP:

Art. 351. *A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.*

ATENÇÃO!!!

Seja na peça, seja nas questões discursivas, JAMAIS deixe de citar as normas correspondentes ao assunto. (Constituição Federal, Códigos, legislação especial, súmulas etc.)

Superada a **FASE DE IDENTIFICAÇÃO DA PEÇA,** o próximo passo será ELABORAR O RASCUNHO, conforme veremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

ELABORANDO O RASCUNHO

Na introdução deste livro dissemos que a primeira coisa que o candidato deve fazer quando recebe e ler o enunciado da prova é **procurar identificar a peça**. Superamos essa fase.

Também dissemos que, antes de iniciar a elaboração da peça, o passo seguinte será **fazer o rascunho**.

Ocorre que, na maioria das vezes, quando o candidato se depara com a prova, talvez por nervosismo, ansiedade, receio etc, ele não consegue entender nada do que está escrito, parece que a prova foi redigida em qualquer língua, menos no português; não consegue se quer pensar em fazer um rascunho.

Objetivando amenizar essa situação, facilitar a elaboração do rascunho e, consequentemente, a produção de uma ótima peça, criamos uma **palavra mnemônica: IPRAFAC**. Isso mesmo, IPRAFAC.

LEMBRE-SE: você só vai fazer a prova da OAB porque primeiro teve que **I**r **PRA FAC**uldade.

Pois bem, essa é a **palavra-chave** que você **usará para organizar o rascunho,** seja para a peça, seja para as questões dissertativas.

E o que significa IPRAFC?

Vejamos:

I = Infração

P = Pena

R = Rito (ou procedimento)

A = Ação penal

F = Fases (ou momento processual)

A = Argumentos (ou teses)

C = Competência

Passaremos a analisar detalhadamente cada um desses assuntos que, juntos, formam a palavra IPRAFAC.

I = INFRAÇÃO

Trata-se da **conduta contrária à lei que ofenda um bem jurídico protegido** e que supostamente foi praticada pelo acusado. Ex.: **Lesão corporal**, art. 129 do CP; Logo, temos que LESÃO CORPORAL **é a infração**.

Cabe ressaltar que no direito penal **infração é gênero** que comporta duas espécies:

1ª) Contravenção penal e

2ª) **Crime**

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, em seu art. 1º preceitua:

> ***Art. 1º*** *Considera-se* ***crime*** *a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa;* ***contravenção****, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.* (Grifamos)

Para entendermos o **conceito de crime**, levaremos em consideração apenas a **Teoria Tripartida**, já que esta é a concepção adotada no Brasil. Segundo essa teoria, CRIME é um ***fato típico***, ***ilícito(antijurídica)*** e ***culpável***.

Para uma determinada conduta ser considerada crime, deverá estar prevista em lei como tal (**tipicidade**), deverá ser juridicamente proibida (**antijuridicidade**) e deverá ser passível de reprovação (**culpabilidade**).

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE
Conduta (ação ou omissão) + dolo ou culpa	Não ser legítima defesa	Imputabilidade
Resultado	Não ser estado de necessidade	Potencial consciência da ilicitude do fato
Nexo de causalidade	Não ser estrito cumprimento de dever legal	Exigibilidade de conduta diversa
Tipicidade	Não ser exercício regular de direito	

Vejamos esses elementos de forma resumida.

1. FATO TÍPICO:

Tipo é a descrição concreta da conduta proibida

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura descrita na lei penal.

1.2 ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

Para saber se o fato praticado pelo agente e típico analisa-se:

1.2.1 Conduta - Art. 18, CP

É a Ação ou omissão(dolosa ou culposa) humana voluntária e consciente dirigida a uma finalidade.

Situação em que a conduta é excluída:

- ✓ Coação física irresistível: O coautor utiliza o corpo do coagido com emprego de força física para com ele praticar o crime.
- ✓ Hipnose e sonambulismo: São situações em que não há conduta absoluta ausência da consciência.
- ✓ Ato reflexo: São os movimentos corporais involuntários. Ex.: a convulsão, a epilepsia.

1.2.2 Resultado

É a consequência trazida pela conduta praticada pela conduta agente e que leva a uma modificação no mundo exterior.

Doutrinariamente, **resultado é dividido em duas espécies**:

a) ***naturalístico*** (modificação física no mundo exterior) e

b) ***jurídico*** ou ***normativo*** (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado).

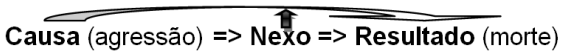
Material: A lei prevê um resultado e exige que ele ocorra para que o crime se consuma. Ex.: 121, matar. (Consuma com a morte).

Formal: A lei prevê um resultado, mas não exige que ele ocorra para que o crime se consuma. Consuma com a conduta. Ex.: Art. 159 “sequestrar” com fim de “obter”. (Consuma com sequestro, consuma-se com o verbo de ação)

Mera Conduta: A lei não prevê qualquer resultado. Consuma com a conduta. Ex.: art.150 “entra no domicilio alheio”. (Consuma com a entrada).

1.2.3 Nexo Causal ou Relação de Causalidade - Art. 13, CP

É o elo que liga a conduta(ex.: agressão) ao resultado(ex.: morte do agente agredido).



O Código Penal brasileiro adota a ***Teoria “Conditio Sine qua non”*** ou equivalência dos antecedentes causais, prevista do art. 13.

> ***Art. 13*** *- O resultado, de que depende a existência do crime,* ***somente é imputável a quem lhe deu causa****.* ***Considera-se causa*** *a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Entretanto, o § 1º do mesmo artigo traz exceção a essa teoria:

> ***Art. 13.*** *(...)*
>
> ***Superveniência de causa independente***
>
> *§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente* ***exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado****; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.* *(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Trata-se das ***concausas relativamente independentes***, a causa efetiva do resultado se origina, ainda que indiretamente, do comportamento concorrente. Em outras palavras, as causas se conjugam para produzir o evento final. Isoladamente consideradas, não seriam capazes de ocasionar o resultado.

Vejamos a situação hipotética abaixo.

> "***A***", com a intenção de matar, efetua disparos de arma de fogo contra "***B***", sendo este levado ao hospital para intervenção cirúrgica. Ocorre que em razão a anestesia (ou mesmo por causa de uma infecção hospitalar) "***B***" vem a falecer. "***A***" deve responder pelo crime de homicídio consumado. (MPE-GO – Prom.Just.2019)

Perceba que “A” já tinha intenção de matar “B”. Porém, a morte de “B” ocorreu por não por conta do tiro(causa antecedente) e sim em razão da anestesia(causa superveniente).

No presente caso, “A” responde por homicídio consumado tendo em vista que, se hipoteticamente eliminarmos o tiro “B” teria morrido? Lógico que não. Portanto, “B” só morreu porque “A” atirou nele.

Paralelamente à **causa**, existe o que se denomina, doutrinariamente, **CONCAUSA,** ou seja, são causas que concorrem (paralelamente) na produção do resultado.

As causas ou concausas absolutamente independentes e as causas relativamente independentes **constituem limitações ao alcance da teoria da equivalência das condições**. (Delgado/CP/BA/CESPE/2013)

Tipos de concausas:

As CONCAUSAS são classificadas em:

1) **absolutamente independentes e**

2) **relativamente independente**, conforme se verifica a seguir.

1) Absolutamente independentes:

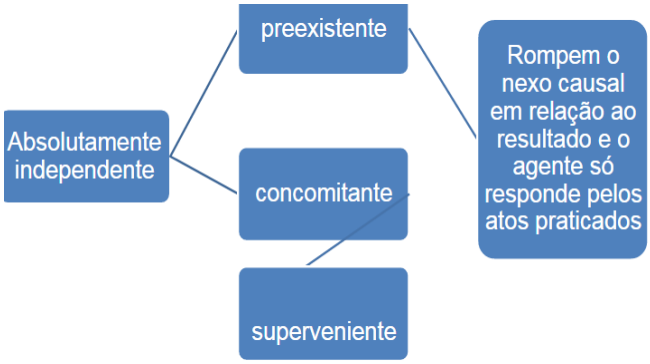
A causa não deriva diretamente da conduta do agente e o resultado ocorre independentemente da conduta.

Dividem-se em:

a) ***pre-existentes****:* Quando anteriores à conduta. **Ex.:** “A” quer matar “B” e o esfaqueia; acontece que, anteriormente, “C” já tinha envenenado “B”, que morre em razão do envenenamento; “A” responde apenas por “tentativa de homicídio” e “C” por “homicídio consumado”.

b) ***concomitantes:*** Quando se verifica ao mesmo tempo em que a conduta do agente. **Ex.:** uma pessoa está envenenando a vítima, quando entram bandidos no local e matam esta com disparos de arma de fogo; o agente responde por “tentativa de homicídio”.

c) ***supervenientes:*** A causa efetiva é **posterior** à causa concorrente. **Ex.:** após o envenenamento, cai um lustre na cabeça da vítima, que morre por traumatismo craniano; o agente responde por “tentativa de homicídio”.



3) Relativamente independentes:

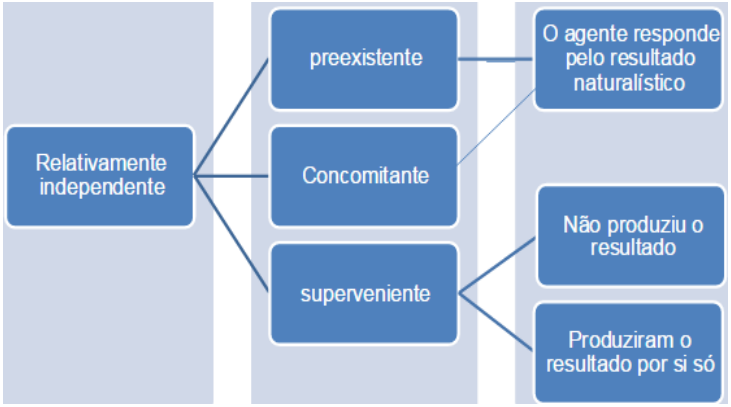
A concausa não deriva diretamente da conduta do agente, mas a sua influência no resultado é propiciada pela conduta.

Dividem-se em:

a) **preexistentes**: Quando anteriores à conduta; o **agente responde pelo crime**, pois não se rompe o nexo causal - **Ex.**: "A" querendo matar "B", lhe desfere um golpe de faca, golpe este que, por si só seria insuficiente para provocar a morte de uma pessoa comum, mas em razão de "B" ser hemofílico (causa preexistente), acaba falecendo pela grande perda de sangue.

b) **concomitantes**: Ocorre simultaneamente à conduta; o **agente responde pelo crime**, pois não se rompe o nexo causal - **Ex.:** no exato instante em que o agente dispara contra a vítima, vem esta a sofrer um infarto (decorrência do susto e, por isso, ligada à conduta do sujeito).

c) **supervenientes**: Quando posteriores à conduta; rompe-se o nexo causal e **o agente NÃO responde pelo resultado**, mas somente pelos atos até então praticados (art. 13, § 1°) - **Ex.:** a vítima toma um tiro na barriga (conduta do agente) e é colocada em uma ambulância; durante o trajeto, a ambulância se envolve em uma colisão e a pessoa morre em razão dos novos ferimentos; assim, como a causa da morte foi o acidente, a pessoa que efetuou o disparo não responde por "homicídio consumado", mas apenas por tentativa.



1.2.4 Tipicidade:

É o enquadramento da lei para a conduta praticada. Ex.: o crime de lesão corporal é previsto no art. 129 do Código Penal (ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem).

A tipicidade pode ser: Formal, material e conglobante.

Tipicidade Formal

É a conformidade do fato ao tipo penal, ou seja, a adequação do ato praticado pelo agente àquilo que está previsto abstratamente na norma. Ex.: Malfreto atira e mata *Valfredo*. O ocorrido se amolda ao previsto no art. 121 do CP.

Tipicidade Material

É a valoração da conduta e do resultado. Assim, verifica-se se o agente ofendeu, ou expôs à ameaça, de forma significativa, o bem jurídico tutelado. **A tipicidade material tem o objetivo de delimitar quais condutas realmente possuem relevância para o Direito Pena**l. Ex.: Carlos, vendo seu filho com fome e sem ter como comprar alimentos, vai à feira e subtrai algumas bananas.

Formalmente, tal conduta se amolda ao crime de furto previsto no art. 155, do CP. Contudo, pode-se considerar, a depender do caso concreto, que não há tipicidade material, ante a insignificância da lesão ao bem jurídico protegido pela norma (patrimônio). Assim, ante a ausência de tipicidade material, o fato será considerado atípico, caracterizando o princípio da insignificância.

A respeito do **princípio da insignificância**, para ao prova OAB é bom você saber que o STF adota 4 vetores, quais sejam:

a) mínima ofensividade da conduta;

b) nenhuma periculosidade social da ação;

c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e

d) inexpressividade da lesão jurídica provocada

Caracterizado estes elementos, a conduta do agente será materialmente atípica.

Tipicidade Conglobante

A Tipicidade conglobante decorre da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral (conglobado) e não apenas ao ordenamento penal.

CAPEZ(*on-Line*) leciona que a tipicidade, portanto, exige para a ocorrência do fato típico: (a) a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto (tipicidade legal ou formal) + (b) que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o civil, o administrativo, o trabalhista etc. (tipicidade conglobante).[31]

1.3 CONFIGURAÇÃO DO FATO TÍPICO

Constatada a existência dos elementos acima, **a conduta do agente será considerada como típica**. Caso contrário, estaremos diante de uma conduta ATÍPICA, havendo **exclusão do crime**.

Mesmo diante de tal constatação, não há como afirmar que o ato praticado pelo agente é criminoso, pois, como vimos, o conceito de crime abrange ainda os elementos *Ilicitude* e *culpabilidade.*

2. ILICITUDE (ANTIJURÍDICO)

Ilicitud**e** é a relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico.

Quando alguém pratica um fato típico (mata uma pessoa – art. 121, CP) sua conduta é ilícita, ou seja, juridicamente proibida.

Ainda assim, há situações em que o agente pode está amparado pelas **excludentes de ilicitudes.**

---

[31] **CAPEZ, Fernando.** ***As Teorias do Direito Penal - O que é a "teoria da tipicidade conglobante"?*** Disponível em http://www.lfg.com.br - 29 outubro. 2009.

2.1 EXCLUDENTES DE ILICITUDE OU DESCRIMINANTES (ART. 23, CP)

Verifica se o agente não atuou em:

2.2.1 Legítima defesa

CP: Art. 25. *Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no ***caput*** *deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.* ***(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)***

2.2.2 Estado de necessidade

CP: Art. 24 *- Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de* ***perigo atual****, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar,* ***direito próprio ou alheio****, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

2.2.3 Estrito cumprimento do dever legal

Aplicável a sujeitos que estão no exercício de uma função pública.

Quando um policial mata um assaltante que está atirando contra pessoas que estão na rua, ele não responderá pelo crime de homicídio, pois está agindo em estrito cumprimento do dever legal.

2.2.4 Exercícios regular do direito

O exercício regular do direito é aplicável ao agente que pratica uma conduta autorizada por lei, fazendo com que essa conduta se torne lícita.

A violência praticada no esporte (lutas marciais) é um exemplo de aplicação do exercício regular do direito.

É aplicável ao agente que pratica uma conduta autorizada por lei, fazendo com que essa conduta se torne lícita.

2.2.5 Consentimento do ofendido

A doutrina clássica de forma majoritária admite o consentimento da vítima como **causa supralegal de exclusão da ilicitude**. Entre outras condições, devem estar presentes a permissão do ordenamento jurídico para disposição pessoal do interesse, a capacidade pessoal do consenciente (capacidade natural de compreensão e discernimento) e ausência do vício da vontade. (MPE-GO – Promotor de Justiça/2019)

1.3 EXCLUSÃO DO CRIME

Caso seja constatada a presença de qualquer dessas excludentes, **não há se falar em ilicitude** e, consequentemente, a conduta praticada pelo agente não será considerada crime. Havendo também a **exclusão do crime**.

3. CULPÁVEL

A **culpabilidade** é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude. (Luiz Regis Prado)

A culpabilidade é um pressuposto para aplicação da penal. **Sem culpa não há pena.**

3.1 ELEMENTOS (*PRESSUPOSTO)*

Para ser culpável deve haver:

3.1.1 Imputabilidade (condição de maturidade)

-Inimputabilidade (art. 26 e art. 28, § 1º CP):

-doença mental,

-menoridade,

-embriaguez

> ***CP: Art.26*** – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

> ***CP: Art. 27 -*** *Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

3.1.2 Potencial consciência da ilicitude

Capacidade do agente de entender, ainda que apenas potencialmente, que sua conduta viola uma proibição legal.

Está ausente a potencial consciência da ilicitude nas hipóteses de **erro de proibição** e no **erro de tipo.**

a) ***Erro de proibição inevitável*** (Art. 21, CP):

O agente pensa que é lícito o que na verdade é ilícito. O sujeito sabe o que faz, porém, não conhece a norma jurídica incriminadora.

b) *Erro de tipo*:

O agente equivoca-se sobre a presença de algum dos elementos do tipo penal, ou seja, o agente acredita que está praticando todos os elementos do tipo, quando na verdade, está percebendo equivocadamente a realidade.

É o clássico exemplo do furto de coisa própria. O tipo do art. 155 do CP exige o elemento “coisa alheia”. Se o agente está furtando coisa que é sua, ainda que acredite que era de terceiro, não responderá por qualquer crime.

O agente somente responde por crime praticado em erro de tipo se houver ao menos um resultado culposo e o crime tem sua versão culposa. Ou seja, se o crime for doloso, como o furto, o agente não comete qualquer crime.

3.1.3 Exigibilidade de conduta diversa

Consiste na possibilidade de exigir do agente que, diante das circunstâncias, haja de acordo com uma determinação legal.

Ocorre nas hipóteses de:

a) ***Coação moral irresistível***:

Ex.: Um criminoso sequestra o filho do gerente do banco e ameaça matá-lo se ele não buscar todo o dinheiro disponível no cofre. O gerente não será responsável pelo furto, pois estava sob coação irresistível.

a) ***Obediência hierárquica*** (art. 22, CP)

O art. 22, segunda parte, do CP exige, no entanto, que a ordem não pode ser manifestamente ilegal. Se for ilegal, mas não manifestamente, e ainda assim o agente atuou, responde pela colaboração como coautor. Salvo, apenas, que o agente tenha incidido em erro sobre a ilegalidade da conduta. Neste caso, fica isento de pena pelo erro de proibição.

3.2 EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

Excludente de culpabilidade é a circunstância que **afasta ou exclui a culpa**. Assim, deixa de estar caracterizado o crime, isentando o agente da pena.

A excludente de culpabilidade corresponde à ausência de cada um desses elementos – ou seja, **inimputabilidade, ausência de potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa**.

Isso ocorre nas hipóteses de:

1) doença mental,

2) menoridade,

3) embriaguez,

4) erro de proibição,

5) coação moral irresistível e

6) obediência hierárquica.

3.3 CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA

Após a verificação dos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade **constatado que há o crime**, o agente deve ser punido.

Punibilidade é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção ao autor do delito.

CUIDADO: A PUNIBILIDADE é mera consequência do crime, não integrando seu conceito. Assim, é possível haver crime sem que haja punibilidade. Ex.: **Escusa Absolutória** (Art. 181, CP), onde a punibilidade nem sequer chega a ser analisada; e **Extinção da Punibilidade** (Art. 108, CP), onde a análise da punibilidade é iniciada, mas, o Estado, por alguma motivo deixar de dá prosseguimento ao *jus puniendi*.

ITER CRIMINIS

De forma resumida aprendemos o conceito de crime. Entretanto, para que um crime possa ocorrer ele passa por algumas fases denominadas de *Iter Criminis*, ou seja, o caminho que ele percorre.

Nas lições de Estefam (2010, p.93), "*por iter criminis entende-se o itinerário, o caminho do crime, isto é, as etapas da infração penal, desde o momento em que ela é uma ideia na mente do agente até a sua consumação*".

A doutrina divide o *iter criminis* em **4 fases**, quais sejam:

1ª) ***Cogitação***: trata-se da fase em que há apenas intensão de praticar a infração, ou seja, o agente apenas mentalizou o delito, razão pela qual a cogitação *é irrelevante para o direito penal*.

2ª) ***Preparação***: é a fase em que o agente inicia os atos preparatórios, ou seja, ainda não iniciou a execução. A preparação, *em regra não é punível* se pelo menos o delito não chega a ser tentado, como por exemplo, associação criminosa (art. 288 do CP).

3ª) ***Execução***: Trata-se da fase de maior relevância para o direito penal, pois é com o início da execução que se pode falar em punibilidade do agente infrator, visto que ele começa a realizar o verbo (núcleo do tipo) constante da definição legal. Iniciada a execução, pode ter-se:

a) consumação do delito (art. 14, I, do CP) – neste caso, operou-se a 4ª fase;

b) tentativa (art. 14, II, do CP)

b) desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15 do CP)

4ª) ***Consumação***: Trata-se do momento da conclusão do delito, visto que foram reunidos todos os elementos do tipo penal (Nucci, 20111, p. 169)

Para concluir, imagine a seguinte situação apontada por Damásio Jesus(2012):

Agente que, com intenção de matar a vítima (cogitação), adquire um revolver e se posta de emboscada à sua espera (atos preparatórios), atirando contra ela (execução) e lhe produzindo a morte (consumação).

PARA MEMORIZAR: Não é *COPREXCO* entender o *iter criminis*.

Exaurimento

Depois de consumado o crime, pode ocorrer que o infrator, objetivando não deixar pistas, oculte o cadáver, por exemplo. Neste caso houve o exaurimento do crime. Sendo a ocultação, um crime autônomo e não uma continuação do crime anterior.

CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXCLUEM O CRIME OU ISENTAM O RÉU DE PENA

Para entendermos **como ocorre a exclusão de um crime ou a isenção de pena** de um sujeito que pratica uma conduta a princípio criminosa, precisamos saber como essa conduta se deu, para, só então saber se sua conduta é atípica ou isenta de penal.

No que se refere a **exclusão do crime**, vejamos o que diz o CP:

> ***Art. 23*** *– Não há crime quando o agente pratica o fato:*
>
> *I – Em estado de necessidade;*
>
> *II – Em legítima defesa;*
>
> *III – Em estrito cumprimento legal de dever ou no exercício regular de direito.*

Agora imagine a seguinte situação: *Pedro, ao ser abordado por dois assaltantes, que começa a díspar tiros em sua direção, dá marchar à ré no seu carro e atropela e mata um terceiro assaltante que estava escondido atrás do carro.*

Perceba que essa conduta de Pedro configura crime de homicídio (art. 121, CP). Entretanto, Pedro corria risco de vida e não tinha outra alternativa, se não tentar escapar. Logo, a atitude de Pedro configura o que o direito denomina de LEGÍTIMA DEFESA, previsto no art. 25 do CP.

> ***CP: Art. 25*** *– Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

Quanto à **isenção de penal**, vejamos o clássico exemplo do gerente de banco que, ao ver sua família sequestrada e ameaçada de morte, é obrigado a ir ao caixa do banco em que trabalha e saca grande quantia em dinheiro e entrega aos bandidos.

Perceba que esse **gerente praticou um fato típico, ilícito e culpável**. Entretanto, ele foi obrigado(coagido) pelos criminosos a praticar tal fato, sob pena de ver sua família morta, ou seja: ele não poderia agir de outra forma.

Nesse caso o art. 22 do CP preceitua que

> *Se o fato é praticado sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico,* ***só é punível o autor da coação ou da ordem****.*

Veja que o CP, em seu art. 22 determina que, quando o agente pratica um fato criminoso sob coação ou em estrita obediência a ordem de superior hierárquico, só quem responde pelo crime é o autor da coação ou da ordem.

No exemplo do gerente do banco, ele está amparado pelo instituto da ***inexigibilidade da conduta diversa***, pois ele não pode agir de outra forma. Portanto, faltou um dos elementos do crime, qual seja: a culpabilidade. Logo, **o agente é isento de pena.**

Tratando-se de fato for atípico ou lícito ////, o CPP preceitua que

> ***Art. 386.*** *O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
>
> *VI –* ***existirem circunstâncias que excluam o crime*** *ou* ***isentem o réu de pena*** *(arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> ***Art. 397.*** *Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *II - a existência manifesta de* ***causa excludente da culpabilidade do agente****, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

CONCLUINDO: para a Teoria Tripartida - adotado no Brasil -, para que haja crime é imprescindível que o FATO seja **típico, ilícito**(antijurídico) e **culpável. Faltando um desses requisitos, o fato é atípico**, devendo o juiz absolver o acusado em decorrência da atipicidade da conduta.

P = PENA

Quando uma pessoa (em regra imputável) comete uma infração, essa pessoa está sujeita responder a um processo e, se considerada culpada, receberá uma sentença e, consequentemente, passará a cumprir uma pena em concreto.

Conforme Nucci(2012), pena é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.

Em regra, a pena que se aplica à infração praticada está no próprio dispositivo da norma que tipifica a conduta. Vejamos exemplo:

> ***Art. 129****. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*
>
> *(...)*
>
> *Lesão corporal de natureza grave*
>
> *§ 1º Se resulta:*
>
> *I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;*
>
> *(..).*
>
> ***Pena*** *- reclusão,* ***de um*** *a* ***cinco anos****.* (grifamos)
>
> Pena máxima
>
> Pena mínima

Assim, a pena mínima(em abstrato) é de um ano e a máxima é de 5 anos.

PENA MÍNIMA E PENA MÁXIMA

Saber qual pena é aplicada ao caso concreto é muito importante, **pois a quantidade de pena é que vai nos dizer**

=>qual o **rito a ser seguido** (art. 394 do CPP);

=>qual o **regime de pena a ser cumprido** (art. 33 do CP);

=>se há **prescrição** (art. 109 do CP);

=>se **comporta algum benefício processual** (v.g. art. 83 do CP, art. 89 da Lei 9.099/95) etc.

Leva em consideração a pena máxima aplicada:

1) **Rito a ser seguido** – Art. 394, CPP

2) **Livramento condicional** – Art. 83, CP

> *O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade **igual ou superior a 2 (dois) anos**, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

3) **Suspensão condicional da pena** – Art. 77, CP

> *A execução da pena privativa de liberdade, **não superior a 2 (dois) anos**, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;*
>
> *II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;*
>
> *III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.*

4) **Extinção da punibilidade** – Art. 107, CP

Leva em consideração a pena mínima aplicada:

1) **Suspensão do processo - Lei 9.099/95:**

> *Art. 89. Nos crimes em que a **pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

PENA EM ABSTRATO E **PENA EM CONCRETO**

Pena "in abstrato" (ou **primária**) é aquela prevista no preceito secundário dos tipos penais. Cita-se como exemplo o art. 129 do CP acima transcrito, cuja pena é **de 1 a 5 anos**. Essa é apena em abstrato.

Em contrapartida, ***pena em concreto*** (ou **secundária)** é aquela aplicada pelo magistrado ao caso concreto, levando em consideração o que prevê o art. 59 do Código Penal.

Fixação da pena (Dosimetria da pena)

Art. 59. *O juiz, atendendo à* ***culpabilidade****, aos* ***antecedentes****, à* ***conduta social****, à* ***personalidade*** *do agente, aos* ***motivos****, às* ***circunstância****s e* ***consequências*** *do crime, bem como ao* ***comportamento da vítima****, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

I - ***as penas aplicáveis dentre as cominadas****;*

Quais sejam: Pena privativa de liberdade, restritiva de direito e multa (art. 32, CP)

II - ***a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos****;*

CP: Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. ***(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)***

III - ***o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade****;*

1) *Regime fechado*: pena superior a 30 anos
2) *Regime semiaberto*: pena superior a 4 anos e não exceda a 8 (CP, art. 33, 21º, alínea "b")
3) *Regime aberto*: penal igual ou inferior a 4 anos e não exceda a 8 (CP, art. 33, 2º, alínea "c")

IV - ***a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível***.

CP: ***Art. 44****. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

R = RITO (OU PROCEDIMENTO)

Rito (ou **Procedimento)** é a forma como se encadeiam os atos processuais, que é variável em função da natureza e a gravidade da infração penal.

Descoberta qual pena a ser aplicada ao caso concreto, devemos saber qual procedimento a ser adotado. Isso porque, se o procedimento não for obedecido, haverá nulidade absoluta do processo, em razão da afronta ao *princípio do devido processo legal*[32] (art. 5º, LIV, CF).

Cita-se como exemplo o IX exame da OAB (FVG/2012) em que a peça prática a ser elaborada era memoriais, que tinha como tese preliminar arguição de nulidade processual por não observância do rito da Lei 9.099/1995.

> **NÃO ESQUEÇA:** É pelo rito que se tem uma ideia de quem seja competente para apreciar o feito.

ESPÉCIES DE PROCEDIMENTOS

Os tipos de procedimentos estão previstos no **art. 394 do CPP**, que prevê duas espécies: **Comum** e **Especial**.

1) **Comum** (aplicado de modo residual), se divide em:

   a) ordinário: pena igual ou superior a 4 anos

   b) sumário: pena menor que 4 anos

   c) sumaríssimo (Lei 9.099/95): pena menor que 2 anos

2) **Especial:** previsto tanto no CPP, quanto em leis extravagantes. **Ex**.: Crimes de drogas – Lei 11.340/2006

MAS COMO SE IDENTIFICAR O RITO?

Para identificar o rito (procedimento) deve-se analisar os seguintes passos.

---

[32] O Princípio do Devido Processo Legal garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

1º Passo: verificar qual foi a infração praticada. Ex.: Lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, CP);

2º Passo: verificar qual pena cominada ao delito. No caso do exemplo acima a pena é de 1 a 5 anos. => Deve-se considerar a pena máxima em abstrato.

3º Passo: verificar o art. 394 do CPP. No caso do exemplo apresentado (lesão corporal), o rito é o ORDINÁRIO.

No caso do ***crime de lesão corporal de natureza GRAVE*** (art. 129, §1º, do CP) o rito será o **comum ordinário**, isso porque a pena máxima é de 5 anos.

LESÃO CORPORAL LEVE

MUITO CUIDADO!

Tratando-se de **lesão corporal leve** e **Lesão culposa**, conforme **art. 88 da Lei 9.099/95** (Juizados Especiais Criminais), a ação será **pública condicionada à representação**[33].

Art. 88. *Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial,* ***dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.***

MUITA ATENÇÃO!

Para saber qual o rito a seguir, deve-se **levar em conta a pena máxima imposta.**

A = AÇÃO PENAL

CONSIDERÇÕES GERAIS

A ação penal é a segunda fase da persecução penal, ressaltando que o inquérito policial é a primeira.

Saber o tipo de ação penal é extremamente importante, pois dependendo de qual tipo de ação penal se aplica ao caso concreto, pode-se

1) arguir nulidade (art. 564, II, do CPP)

Art. 564. *A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

[33] **Representação:** Significa dizer que o infrator só será processado se a vítima se manifestar no prazo legal (6 meses - art. 38 do CPP), não podendo o MP nada fazer sem a representação do ofendido ou seu representante legal.

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

2) extinção da punibilidade (art. 107, IV, do CP)

Por exemplo, o caso de crime que se procede mediante queixa, mas o MP foi quem a iniciou.

3) rejeição da denúcia (art. 395 do CPP)

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Qualquer uma dessas hipóteses leva ao tracamento a ação penal.

1. CONCEITO E FUNDAMENTOS

Ação Penal é o **instrumento** de **direito subjetivo, público**, **autônomo e abstrato** de invocar a tutela jurisdicional do Estado para que este resolva conflitos provenientes da prática de condutas definidas em lei como crime.

2. CARACTERÍSTICAS

Do conceito acima se extrai que a Ação Penal tem as seguintes características:

1) **Instrumental,** um meio para se alcançar a efetividade do direito material.
2) **direito público**, pois a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública exercida por meio dos órgãos jurisdicionais do Estado

3) **direito subjetivo,** pois o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional;

4) **direito abstrato -** O direito de ação não está atrelado ao resultado do processo, podendo ela existir independente deste. O titular tem a escolha de provocar o poder público, via órgãos judiciários. Esperando a definição do judiciário quanto às alegações oferecidas;

5) **direito autônomo -** A ação penal não se liga ao direito material. Para cada direito há uma ação adequada e para a variedade de crises existe um grande número de tutelas jurisdicionais aptas a resolvê-las.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO (REQUISITOS)

O direito de ação só poderá ser exercido mediante certos requisitos, quais sejam: as condições da ação.

A Doutrina clássica subdivide as condições gerais da ação em:

a) possibilidade jurídica do pedido

b) interesse de agir

c) legitimidade *ad causam*

Mais modernamente, tem-se incluído entre elas a

d) Justa Causa (Art. 395, III, do CPP)

3.1 Condições gerais:

a) Possibilidade jurídica do pedido

No processo penal, a possibilidade jurídica do pedido é definida em termos positivos, isto é, o pedido será juridicamente possível sempre que, em tese, a **conduta imputada ao acusado seja típica.**

Só se pode pedir a condenação de alguém se existir norma penal dizendo que aquela conduta é crime (princípio da reserva legal).

Não é possível pedir a condenação de alguém por uma conduta incestuosa, sem violência, sem ameaça.

Ex.: Pai e filha, ambos adultos, mantendo relação sexual, sem violência nem grave ameaça. Embora o fato tenha certa reprovabilidade

social, não é crime. Então não vai ser permitido ajuizar uma ação contra o Pai por faltar a possibilidade jurídica do pedido.

b) Interesse de agir

Há duas características:

a) ***Necessidade***

Esta ação penal é necessária? => Ação penal de um crime prescrito não é necessária.

b) ***Adequação***

É o meio hábil para solucionar o litígio. O rito adequado, o rito correto.

A via eleita pelo sujeito é a adequada?

O sujeito que entrar com uma ação para pedir a liberdade de alguém, ele não pode entrar com um mandado de segurança, pois a via é inadequada.

c) Legitimidade

É a pertinência subjetiva da ação. Na ação penal pública age o Ministério Público, na ação penal de iniciativa privada, é do querelante sob pena de ofender a legitimidade.

CUIDADO! O Ministério Público **não pode oferecer queixa crime**.

d) Justa causa

É o lastro probatório mínimo (prova da materialidade e indícios de autoria).

> *Art. 395. A denúncia ou queixa* ***será rejeitada quando****: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *III -* ***faltar justa causa para o exercício da ação penal****.*

3.2 Condições específicas da ação penal (ou de procedibilidade):

Ao lado das condições gerais da ação, o processo penal exige para a instauração da ação penal determinadas condições específicas, também denominadas de *procedibilidade, quais sejam:*

a) ***representação*** *do ofendido ou de seu representante e requisição do ministro da justiça*, nos crimes de ação penal pública de iniciativa condicionada;

b) ***surgimento de novas provas***, em se tratando de ação penal com base em inquérito policial anteriormente arquivado por falta de provas (Súmula n.º 524 do STF);

c) ***laudo pericial***, em se tratando de crimes contra a propriedade imaterial (art. 525, CPP);

Assim, **recebida a denúncia ou queixa, deve o juiz analisar se presentes tais condiçõe**s já que, na falta de algum destes requisitos, deverá declarar a inépcia da peça, rejeitando-a.

3.3 Consequências da ausência das condições da ação:

A não observância dos requisitos citados implica a *inépcia* da inicial acusatória e tem por consequência a sua *rejeição*, nos termos do art. 395, inciso I, do CPP.

> ***Art. 395.*** *A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *I - for manifestamente inepta;*
>
> *II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou*
>
> *III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*

4. TIPOS DE AÇÃO PENAL:

O art. 100 do Código Penal brasileiro prevê **dois tipos de ação penal**, quais sejam:

- 1º) **Pública**
  - Condicionada
  - Incondicionada
- 2º) **Privada**
  - Propriamente dita ou exclusiva
  - Subsidiária da pública
  - Personalíssima

Vejamos a redação do art. 100 do CP, acrescida de algumas observações.

> ***Art. 100**. A **ação penal é PÚBLICA**, SALVO quando a lei expressamente a declara **PRIVATIVA** do ofendido.*

Aqui temos os dois **tipos de ação penal**:

1º) **PÚBLICA** (na 1ª parte do *Caput* do artigo) => é a REGRA

2º) **PRIVADA** (na 2ª parte do *Caput* do artigo) => é a EXCEÇÃO

1º) **Ação Penal Pública**

> *Art.100 ...*
>
> *§ 1º - A **AÇÃO PÚBLICA é promovida pelo Ministério Público**, dependendo, quando a lei o exige, de **representação do ofendido** ou de **requisição do Ministro da Justiça**.*

No § 1º tem-se a **AÇÃO PENAL PÚBLICA** e suas subespécies.

Na 1ª parte do dispositivo, temos a

a) **Pública INCONDICIONADA**, que independe de qualquer manifestação da vítima.

> **Dica de concurso:** Quando a **lei penal incriminadora silencia** a respeito da ação penal cabível para determinada infração penal, entende-se que a ação penal é **pública incondicionada**. (TRF 2ª R/ Anal.Jud./FCC/2012)

Já na 2ª parte temos a

b) **Pública CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO**, que depende de representação da vítima ou seu representante legal, que deve ser feita no prazo de 6 meses, nos termos doa rt. 38 do CPP.

> ***PRESTE MUITA ATENÇÃO!***
>
> Quando a **ação penal for PÚBLICA CONDICIONADA**, ou seja, só **SE PROCEDE MEDIANTE REPRESENTAÇÃO**, o tipo penal estará descrito abaixo do dispostivo correspondente ao crime.
>
> Exemplo:
>
> ***CP: Art. 147**. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:*
>
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*
>
> *Parágrafo único - **Somente se procede mediante representação**.*

MUITO CUIDADO!

Sem representação, o **MP não** pode promover a ação penal condicionada.

2º) **Ação Penal Privada**

A ação penal privada é promovida por meio de uma petição inicial, denominada Queixa Crime, Divide-se em:

a) ***Propriamente dita (ou exclusiva)***

> *Art.100 ...*
>
> *2º - A **ação de iniciativa privada** é promovida mediante QUEIXA do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*

No § 2º do art. 100 do CP temos a **ação penal PRIVADA EXCLUSIVA**, que **se procede mediante queixa-crime** (do ofendido ou do cônjuge, ascendente ou descendente - CAD).

b) ***Privada subsidiária da pública***

> *Art.100 ...*
>
> *§ 3º - A **ação de iniciativa privada** pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

No § 3º temos a **ação penal PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA**, que ocorre no caso de inércia do MP, ou seja, quando este, no prazo legal que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência, nem pede o arquivamento.

Tal situação também está prevista na **CF, em seu art. 5º, LIX**:

> *"será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;".*

E ainda, no art. **29 do CPP**:

> *"Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova,*

> *interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal."* **(Grifamos)**

Assim, se o **MP permaneceu inerte**, a vítima (ou ofendido) pode promover a respectiva **ação penal subsidiária da pública**, por meio da queixa-crime.

Ex.: *"A" foi preso em flagrante e já se passaram mais de 5 dias que o MP recebeu os auto do inquérito e ainda não ofereceu a denúncia.*

No presente caso, a vítima poderá oferecer **queixa substitutiva**, conforme prevê o art. 46 do CPP:

> ***Art. 46***. *O* ***prazo para oferecimento da denúncia****, estando o* ***réu preso, será de 5 dias****, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de* ***15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado****. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.*

PEGADINHA!

(Delegado de Polícia Civil-RJ/FUNCAB/2012) O senhor Rui dos Santos, após ser vítima do delito de roubo perpetrado por Nei da Silva, preso em flagrante delito, ao tomar conhecimento de que o Promotor de Justiça havia perdido o prazo de cinco dias (art. 46, do CPP) para oferecer denúncia, resolve intentar ação privada subsidiária da pública, por meio de queixa-crime. Decorridos alguns dias, incomodado pelo trabalho e pelo desgaste emocional, o querelante resolve desistir da ação. Esta medida acarretará:

e) a retomada da titularidade da ação pelo Ministério Público, que já atuava como assistente litisconsorcial.

O **crime de roubo** é de ação penal pública incondicionada. Entretanto, tendo em vista que o acusado se encontra preso e o MP ainda não ofereceu denúncia, a vítima pode intentar a ação penal subsidiária da pública. Todavia, se ela (vítima) desistir da ação, não haverá perempção, renúncia ou extinção da punibilidade, pois o titular da ação penal pública continua sendo o MP, conforme prevê o art. 129 do CPP:

> ***Art. 29.*** *Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal,* ***cabendo ao Ministério Público*** *aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante,* ***retomar a ação como parte principal.***

MORTE DO OFENDIDO

> ***Art. 100**, § 4º No caso de **morte do ofendido** ou de ter sido **declarado ausente por decisão judicial**, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

Conforme dispõe o § 4º do art. 100 do CP, caso o ofendido faleça ou tenha sido declarado ausente, compete ao CADI oferecer a queixa-crime ou dar continuidade ao processo, caso este já tenha sido instaurado.

ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL PELO MP

PEGADINHA!

(OAB 1ª fase- Exame unificado FGV/2012) Tício está sendo investigado pela prática do delito de roubo simples, tipificado no artigo 157, caput, do Código Penal. Concluída a investigação, o Delegado Titular da 41ª Delegacia Policial envia os autos ao Ministério Público, a fim de que este tome as providências que entender cabíveis. O Parquet, após a análise dos autos, decide pelo arquivamento do feito, por faltas de provas de autoria. A vítima ingressou em juízo com uma ação penal privada subsidiária da pública, que foi rejeitada pelo juiz da causa, que, no caso acima, agiu

*c) corretamente, já que a **Lei Processual não admite a ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público NÃO se mantém inerte.***

Perceba que o MP não se manteve inerte, pois arquivou o processo por falta de provas.

*c) **Privada Personalíssima***

Por fim, temos a **ação privada PERSONALÍSSIMA** que tem como única hipótese de sua ocorrência o crime de induzimento a erro essencial (art. 236 do Código Penal), sendo que **somente o cônjuge** é quem pode oferecer a queixa crime e **mais ninguém**.

5. LEGITIMADOS A PROPOR A AÇÃO PENAL

Pública Incondicionada => somente o MP pode oferecer a denúncia.

Pública Condicionada => o MP, mediante representação da vítima ou do CADI.

Privada Exclusiva => a vítima ou ofendido e o CADI, mediante

queixa-crime.

Privada subsidiária da pública => a vítima (ou ofendido) e o CADI.

Privada personalíssima => somente o ofendido (cônjuge).

6. COM SABER QUAL TIPO DE AÇÃO PENAL É CABÍVEL

A **regra geral** é que toda infração seja apurada por **ação penal pública incondicionada**. Todavia, há situações em que a iniciativa é atribuida por lei ao particular por meio da ***representação*** (ação penal pública condicionada) e da ***queixa-crime*** (ação penal privada).

Assim, por exemplo, se o **MP ofereceu dunúncia**, e o crime é de iniciativa privada, ou seja, se procedia mediante queixa (Ex.: Fraude à execução, art. 179 do CP), e não houve queixa, a **denúncia NÃO deve ser recebida**, pois falta condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP).

Outro exemplo dá-se no caso de **morte do ofendido**, ou quando ele é **declarado ausente** por decisão judicial. Se **quem oferece a queixa não é o cônjuge ou CADI** e sim outra pessoa, falta legitimidade da parte. Portanto, a denúncia não deve ser recebida. Entretanto, se o juiz a recebe, deve-se **arguir nulidade do processo em sede de preliminar de mérito**.

7. PEREMPÇÃO DA AÇÃO PENAL => EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Entende-se por perempção a perda do direito de prosseguir na **ação penal privada exclusiva.**

Quanto à possibilidade de extição da punibilidade pela perempção (art. 107, V, do CP), cita-se como exemplo a situação em que o **crime se procede mediante queixa** (ação penal privada) e o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguintes (art. 60 do CPP). Restará **perempta a ação penal** e extinta a punibilidade.

> ***Art. 60***. *Nos casos em que* ***somente se procede mediante queixa****, considerar-se-á PEREMPTA a ação penal:*
>
> *I -* ***quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos****;*
>
> *II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;*

> *III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;*
>
> *IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.*

Exemplo de extinção da punibilidade pela perempção bastante cobrado na prova da OAB se dá quando o **crime é de ação penal privada** e o ofendido só **leva ao conhecimento da autoridade policial 6 meses após** ter tomado conhcimento do fato.

> ***CPP: Art. 38.*** *Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal,* ***decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses****, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.*

8. AÇÃO PENAL CONCORRENTE (LEGITIMIDADADE CONCORRENTE DO MP)

No caso de **ofensa à honra do funcionário público no exercício das suas funções** (art.145, par.único, parte final), a ação penal é pública condicionada à representação. Todavia, o STF consolidou entendimento no sentido de que a legitimidade, ness caso, seria concorrente, cabendo ao funcionário público optar entre representar, estando-se na hipótese de ação penal pública condicionada, ou poderá contratar advogado para patrocínio de ação penal privada. É o que se lê da Súmula 714:

> *É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.*

Trata-se da **ação penal concorrente**.

9. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL

POR FALTA DE JUSTA CAUSA:

A **justa causa** é uma síntese das condições da ação previta no art. 395, III, do CPP, quais sejam: interesse de agir, legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido. Inexistindo uma delas, **não há justa causa para a ação penal**, devendo o juiz rejeitar a deúncia ou queixa.

Desta forma, caso o pedido não seja possível (ex.: atipicidade da conduta, provas frágeis etc), a ação penal deve ser trancada.

Esse pedido geralmente é feito na **resposta à acusação**, tendo em vista que a denúncia ainda não foi recebida pelo magistrado.

Veja modelo de pedido de trancamento da ação penal:

> *Sendo assim, por não haver um conjunto probatório que justifique a consumação do crime ...., não se pode imputar ao acusado a prática do delito do art. ..., do Código Penal. Devendo, portanto,* ***ser rejeitada a denúncia do órgão ministério, determinando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa****.*

POR VIA DE HABEAS CORPUS:

Também é possível pleitear o tracamento da ação penal por via ***habeas corpus***, nos termos dos arts. 647 e 468 do CPP.

Nesse sentido já têm decido os tribunais pátrios,

> *O trancamento de ação penal na via do habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a* ***atipicidade da conduta****, a* ***ocorrência de causa extintiva da punibilidade,*** *ou, ainda, a* ***ausência de indícios de autoria*** *ou de* ***prova da materialidade do delito****. Precedentes. (HC 211.781/PR).*

9.1 CASOS PRÁTICOS SOBRE O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL

1) OAB XV exame/FGV/2015, 2ª fase

A Receita Federal identificou que Raquel possivelmente sonegou Imposto sobre a Renda, causando prejuízo ao erário no valor de R$27.000,00 (vinte e sete mil reais). Foi instaurado, então, procedimento administrativo, não havendo, até o presente momento, lançamento definitivo do crédito tributário. Ao mesmo tempo, a Receita Federal expediu ofício informando tais fatos ao Ministério Público Federal, que, considerando a autonomia das instâncias, ofereceu denúncia em face de Raquel pela prática do crime previsto no Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Assustada com a ratificação do recebimento da denúncia após a apresentação de resposta à acusação pela Defensoria Pública, Raquel o procura para, na condição de advogado, tomar as medidas cabíveis.

Diante disso, responda aos itens a seguir.

Qual a medida jurídica a ser adotada de imediato para impedir o prosseguimento da ação penal?

RESPOSTA

A questão pode parecer complexa, mas não é.

Observe que o enuviando deixa claro que **não houve lançamento definitivo do crédito tributário** e que **Raquel já havia apresentado sua defesa por meio de resposta à acusação**.

Se verificarmos com atenção no vade-mécum o art. 1º da Lei 8.137/90, veremos que abaixo do referido artigo há diversas remissões, entre elas a que faz referência à **súmula vinculante 24**, tal súmula preceitua que

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Portanto, só se poderia falar em crime se o crédito houvesse sido lançado, o que não aconteceu. Assim, a conduta de Raquel é atípica. Devendo ser combatida por via de *habeas corpus.*

2) XXI Exame – 2ª fase

Diana, primária e de bons antecedentes, em dificuldades financeiras, com inveja das amigas que exibiam seus automóveis recém-adquiridos, resolve comprar joias em loja localizada no Município de Campinas, para usar em uma festa de comemoração de 10 anos de formatura da faculdade. Em razão de sua situação, todavia, no momento do pagamento, entrega no estabelecimento um cheque sem provisão de fundos. Quando a proprietária da loja deposita o cheque, é informada, na cidade de Santos, pelo banco sacado, que inexistiam fundos suficientes, havendo recusa de pagamento, razão pela qual comparece em sede policial na localidade de sua residência, uma cidade do Estado de São Paulo, para narrar o ocorrido. Convidada a comparecer em sede policial para esclarecer o ocorrido, Diana confirma a emissão do cheque sem provisão de fundos, mas efetua, de imediato, o pagamento do valor devido à proprietária do estabelecimento comercial.

Posteriormente, a autoridade policial elabora relatório conclusivo e encaminha o inquérito ao Ministério Público, que oferece denúncia em face de Diana como incursa nas sanções do Art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal.

Considerando a situação narrada, na condição de advogado(a) de Diana, responda aos itens a seguir.

A) Existe argumento a ser apresentado em favor de Diana para evitar, de imediato, o prosseguimento da ação penal? Em caso positivo, indique; em caso negativo, justifique. (Valor: 0,65)

RESPOSTA

Na presente situação hipotética, a banca deixa bem claro que Diana, antes do oferecimento da denúncia pelo MP, efetua o pagamento do cheque.

A **súmula 544 do STF** dispõe que "*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal"*.

Pode se afirmar que o pagamento do valor do cheque antes do oferecimento da denúncia obsta o prosseguimento do procedimento penal, devendo, o advogado de Diana, sustentar a necessidade de trancamento da ação penal, haja vista a atipicidade da conduta.

F = FASES (OU MOMENTO PROCESSUAL)

Lembra que iniciamos nosso estudo com a edificação da peça e que esse estudo foi divido em **três fases: 1ª) Pré-processual ou de Inquérito; 2ª) Processual; e 3ª) Pós-processual (ou de execução**)?

Pois bem! AS FASES **são o momento em que se encontra o PROCESSO**. É por meio dela que se descobre qual é a peça cabível no caso apresentado pela banca e isso nós já aprendemos.

A = ARGUMENTOS (OU TESES)

Sem dúvida que esse é o ponto mais importante da prova da 2ª fase da OAB. Serão as teses desenvolvidas pelo candidato que vão fazer a diferença para a aprovação.

Conforme veremos no capítulo "CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS" - no qual vamos tratar melhor esse assunto -, as teses são a essência da peça e nelas o candidato tem oportunidade de obter maior pontuação.

C = COMPETÊNCIA

O *Direito de Punir* é exclusivo do Estado e para que o Direito possa ser aplicado ao caso concreto, há necessidade de um órgão jurisdicional revestido desse poder, ao qual se dá um nome de JURISDIÇÃO. A

COMPETÊNCIA seria, então, a permissão para exercer uma fração desse poder. (Tourinho Filho, 2017).

Como seria quase que impossível um órgão jurisdicional julgar todos as lides surgidas no território nacional(Milhomes 2013), a doutrina estabeleceu os critérios de fixação da competência.

Como não há consenso para essa fixação, adotaremos o critério mais usado, que é o previsto no art. 69 do CPP.

Para melhor assimilar o assunto a ser estudado, devemos fazer as seguintes perguntas: **qual foi o crime praticado**? **quem praticou o crime? qual local foi cometido a infração?**

1ª pergunta (qual crime praticado)

Trata-se da **competência em razão da matéria** (*ratione materiae)*

Inicialmente, a competência será fixada em razão da matéria.

É preciso saber qual foi o crime para poder estabelecer **quem é competente para julgar o caso concreto**, se justiça comum ou justiça especial.

2ª pergunta (quem praticou o crime):

Trata-se da **competência em razão do cargo ou função** (foro por prerrogativa de função – foro privilegiado)

É fixada em razão da função exercida pelo acusado.

Tem por objetivo verificar o grau do órgão jurisdicional competente, se Juiz, TJ ou Tribunal Superior.

Saber o cargo ou função que o acusado exerce pode levar o **julgamento direito à instância superior**.

Hipóteses de *foro por prerrogativa de função* estabelecida na Constituição Federal, abaixo tabela por competência:

AUTORIDADE	FORO COMPETENTE
Presidente e Vice-Presidente da República	STF
Deputados Federais e Senadores	
Ministros do STF	
Procurador-Geral da República	
Ministros de Estado	
Advogado-Geral da União	
Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica	
Ministros do STJ, STM, TST, TSE	
Ministros do TCU	
Chefes de missão diplomática de caráter permanente	
Governadores	STJ
Desembargadores (TJ, TRF, TRT)	
Membros dos TRE	
Conselheiros dos Tribunais de Contas	
Membros do MPU que oficiem perante tribunais	
Juízes Federais, Juízes Militares e Juízes do Trabalho	TRF ou TRE
Membros do MPU que atuam na 1ª instância	
Juízes de Direito	TJ
Promotores e Procuradores de Justiça	
Prefeitos	TJ, TRF ou TRE

STF: art. 102, I, "b" e "c"; **STJ:** art. 105, I, "a"; TRF's: art. 108, I, "a"

Como o assunto foi abordado pela FGV:

Fábio, juiz de direito, foi vítima de um delito de calúnia, pois Jonas afirmou que ele teria praticado um crime de corrupção passiva. Diante disso, ingressou com queixa-crime contra o autor do fato. Jonas, então, opôs exceção da verdade. (FGV - 2016 – OAB – 1ª fase)

Nesta situação, será competente para julgar a exceção da verdade

b) Tribunal de Justiça ao qual Fabio esteja vinculado.

3ª pergunta (qual local foi cometida a infração):

Trata-se da **competência em razão do lugar.**

A competência pelo lugar da infração (competência de foro ou territorial *ou* ***ratione loci***), afirma que o local da infração, regra, será sempre onde foi praticado o delito. (Art. 70, CPP). Exceção: domicílio ou residência do réu (art. 72, CPP).

Saber o local em foi praticado o crime estabelece-se o **fórum competente**.

Conhecido o foro competente, faz-se, finalmente, a **distribuição do processo entre os juízes** da jurisdição perante o qual irá correr a ação

penal.

REGRAS SOBRE COMPETÊNCIA PENAL

As regras sobre competência penal estão elencadas nos arts. 5º, LIII; 29, X; 96, III; 102, I; 105, I e II; 108, I e 109, IV e V, da **CF**; arts. 70 a 91 do **CPP**; e em diversas **súmulas**, tanto do STJ como do STF.

No entanto, **no caso da prova da OAB**, devemos entender como **competência o juízo hábil para apreciar o feito**, ou seja, **para onde será direcionada a peça**.

Em alguns casos a FGV tem colocado no enunciado quem o julgador que está apreciando o feito. Ex.: "*o juiz da 11ª vara ...*". Caso essa informação conste no enunciado da prova, será para ele que a peça deve ser dirigida. Se não constar nada que possa identificar quem é o julgador do feito, o candidato pode iniciar a peça assim:

> *"EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA...VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...(**se justiça Estadual**)*
>
> *EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA VARA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DA... REGIÃO (**se justiça Federal**)*
>
> *EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ PRESIDENTE DA VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA CAMARCA DE...(**se crime doloso contra a vida**) ou*
>
> *EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA CAMARCA DE...(**se infração de menor potencial ofensivo**)*

ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Se o enunciado da questão disser quem é que está apreciando o feito, deve se certificar se realmente esse juízo é competente para tal ato, pois podemos está diante de uma autoridade incompetente. Caso seja constatado que realmente o juiz não tem competência para apreciar o caso, o candidato deve arguir em sede de preliminar **nulidade por**

incompetência do juiz (art. 564, I, CPP).

> ***Art. 564.*** *A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
>
> *I - **por incompetência**, suspeição ou suborno do juiz;*

COMO SABER SE O JULGADOR É OU NÃO COMPETENTE PARA APRECIAR O FEITO

Via de regra, na prova na OAB, o examinador vai colocar uma situação em que a denúncia foi oferecida a um juiz que não tem competência para julgar o caso. De alguma forma, o enunciado da questão vai fazer referência a essa incompetência, seja de modo explícito ou implícito. Vejamos um **caso prático**.

> (OAB – FGV/2011.1) Na cidade de Arsenal, no Estado Z, residiam os **Deputados Federais** **Armênio** **e** **Justino**. Ambos objetivavam matar **Frederico**, rico empresário que possuía valiosas informações contra eles. Frederico morava na cidade de Tirol, no Estado K, mas seus familiares viviam em Arsenal. Sabendo que **Frederico** estava visitando a família, Armênio e Justino decidiram colocar em prática o plano de matá-lo. Para tanto, seguiram Frederico quando este saía da casa de seus parentes e, utilizando-se do veículo em que estavam, bloquearam a passagem de Frederico, de modo que a caminhonete deste não mais conseguia transitar. Ato contínuo, **Armênio** e **Justino** desceram do automóvel. **Armênio** imobilizou Frederico e **Justino** desferiu tiros contra ele, Frederico. Os algozes deixaram rapidamente o local, razão pela qual não puderam perceber que Frederico ainda estava vivo, tendo conseguido salvar-se após socorro prestado por um passante. Tudo foi noticiado à polícia, que instaurou o respectivo inquérito policial. No curso do inquérito, os mandatos de Armênio e Justino chegaram ao fim, e eles não conseguiram se reeleger. O **Ministério Público**, por sua vez, munido dos elementos de informação colhidos na fase inquisitiva, **ofereceu denúncia contra Armênio e Justino, por tentativa de homicídio, ao Tribunal do Júri da Justiça Federal** com jurisdição na comarca onde se deram os fatos, já que, à época, os agentes eram deputados federais. ....(marcações feitos por nós)

Analisando a questão

De acordo com o art. 53, § 1º, da CF, os Deputados (e Senadores), desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o **STF**, pela prática de **qualquer tipo de crime**, seja de natureza penal comum *stricto sensu,* seja crimes contra a vida, eleitorais, contravenções penais (art. 53, §1º, c/c. art. 102, I, "b" - infrações penais comuns).

Se um Deputado Federal cometer homicídio doloso, será julgado pelo STF, e não pelo Júri, conforme prevê o art. 102 da CF.

Ocorre, que o enunciado da questão diz que "No curso do inquérito, os mandatos de Armênio e Justino chegaram ao fim, **e eles não conseguiram se reeleger**".

Logo, não há se falar em prerrogativa de função, já que se tratava de crime praticado por ex-deputados federais.

Vejamos o **gabarito oficial da questão**:

> Primeiramente há que ser arguida nulidade por incompetência absoluta (art. 564, I, do CPP), pois no caso não há incidência de nenhuma das hipóteses mencionadas no art. 109 da CRFB que justifiquem a atração do processo à competência da Justiça Federal. Ademais, o fato de os agentes serem ex-deputados federais não enseja deslocamento de competência. Nesse sentido, competente é o Tribunal do Júri da Comarca onde se deram os fatos, pois, cessado o foro por prerrogativa de função, voltam a incidir as regras normais de competência para o julgamento da causa, de modo que, dada à natureza da infração (crime doloso contra a vida), a competência é afeta ao Tribunal do Júri de Arsenal.

PASSOS PARA DESCOBRIR DE QUEM É A COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O FEITO

A primeira coisa que o candidato deve fazer é **verificar o art. 109 da CF** para saber se a infração é ou não de competência da **JUSTIÇA FEDERAL**.

> ***Art. 109.*** *Aos* ***juízes federais compete processar e julgar****:*
>
> *(...)*
>
> *IV - os* ***crimes políticos*** *e* ***as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas****, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;*
>
> **ATENÇÃO:** Neste inciso IV, inclui a competência de processo e julgamento de **crimes contra funcionário público federal.**
>
> **Súmula 122 do STJ:** Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.

Súmula 147 do STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, **quando relacionados com o exercício da função**.

*V - os **crimes previstos em tratado ou convenção internacional**, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*

(...)

*VI - os **crimes contra a organização do trabalho** e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;*

*VII - os **habeas corpus**, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;*

(...)

*IX - os **crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves**, ressalvada a competência da Justiça Militar;*

Depois **verificar se se trata de crimes dolosos contra a vida** (arts. 121 e 123 do CP), cuja competência é do **TRIBUNAL DO JÚRI** (art. 5º, XXXVII, d, da CF), quais sejam: **homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio** e **aborto.**

=>MNEMÔNICA: **HISA**

Em seguida **verificar se a infração é *Contravenção Penal* ou *de menor potencial ofensivo***, cuja competência é dos **JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS** (art. 89, I, da CF e arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95).

***Art. 61.** Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as **contravenções penais e os crimes** a que a lei comine **pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa.*

Por fim, **se não se encaixa em nenhuma das situações acima**, a regra é que a competência seja da **JUSTIÇA COMUM ESTADUAL** (art. 394, § 1º, I e II, CPP).

ESQUEMATIZANDO:

Justiça Federal => arts. 52 e 109 da CF

Júri: (Arts. 121 a 126, CP): HISA

Juizados especiais criminais (61 da Lei 9.099/95): contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos

Justiça comum: art. 394, § 1º, I e II, do CPP.

Caso seja cobrado nas questões, cabe observar que, para se saber a fixação da competência, existem critérios e para descobrir quais são esse critérios devemos fazer três perguntas:

1ª qual foi o crime?

2ª quem praticou o crime?

3ª em que local foi praticado o crime?

Feita essas perguntas, é fácil identificar quais são os critérios de fixação da competência.

Qual foi crime: natureza da infração (matéria) => Justiça Comum.

Quem o praticou: em razão da pessoa (cargo ou função) => Órgão competente (ex.: TJ)

Local onde foi praticado: Local da infração => fórum competente (ex.: 1ª vara criminal)

CAPÍTULO 3

CONSTRUINDO AS TESES DEFENSIVAS

1. NOÇÕES GERAIS

Já aprendemos a identificar a peça e a elaborar o rascunho. Agora precisamos aprender a construir as TESES.

No decorrer deste livro falamos várias vezes sobre teses, mas o que é isso?

As TESES são, sem nenhuma dúvida, uma das partes mais importante da peça, ou seja, é tudo aquilo que se busca alcançar, objetivo, intuito... Pode-se afirmar que a tese é a essência, o núcleo peça.

Os argumentos usados devem ser capazes de convencer o julgador para que possa **absolver o acusado** (ou condenar - no caso de **se** atuar como assistente de acusação), **extinguir** ou **anular o processo, rejeitar a denúncia** ou **assegurar ao acusado a imposição da menor** (ou maior, no caso de acusação) **pena possível**.

Mas como saber qual tese deve se usar em cada peça e nas questões discursivas?

Esse é o ponto que mais aflige os candidatos. Todavia, o assunto não é tão assustador e muito menos impossível de ser resolvido, como se verá a seguir, até porque, na maioria das vezes, tanto o Código Penal, como o Código de Processo Penal já nos dão uma ideia de qual tese deve ser construída.

Assim, por exemplo, para as **TESES DE PRELIMINAR**, devemos sempre recorrer ao art. 107 do CP e arts. 395 e 564 do CPP.

Para as TESES DE MÉRITO **PRINCIPAL**, devemos nos valer dos arts. 386, 397 e 415 do CPP para pleitear absolvição, conforme se verá mais adiante.

Nas TESES DE MÉRITO **SUBSIDIÁRIAS**, por serem um pouco mais complexas, os argumentos vão depender do caso concreto. E isto nós veremos no tópico “DDRBDL”.

REVISANDO O QUE FOI ESTUDADO

Conforme estudado no início deste livro, **para identificar a peça**, dividimos o MOMENTO PROCESSUAL em três fases: 1ª) Pré-processual; 2ª) Processual; e 3ª) Pós-processual (ou de execução).

Nas **peças da fase pré-processual** (queixa crime, liberdade provisória etc.) as teses geralmente se limitam a pedidos de encarceramento, de liberdade, ou seja, que seja tomada alguma providência em benefício da vítima ou do acusado.

Já nas **peças da fase processual** (memoriais, apelação, RESE etc.), as teses são mais amplas e requer argumentos conducentes.

Sobre as **peças da fase de execução**, mais adiante falaremos detalhadamente sobre elas, consignando de inicio que tais peças devem ser direcionadas ao juiz da vara das execuções penais.

Desse modo, as teses que vamos analisar a seguir, em regra se aplicam às peças de **resposta à acusação em diante**, ou seja, **após o oferecimento da denúncia**. Isso porque a FGV tem dado preferência às peças cabíveis após o oferecimento da denúncia.

2. TIPOS DE TESES

Pios bem! Como já vimos, as TESES podem ser divididas em:

- **Preliminar**
  - ***Extinção da Punibilidade*** – art. 107 do CP
  - ***Nulidades*** – Art. 564 do CPP
  - ***Rejeição da denúncia*** – art. 395 do CPP
- **De mérito**
  - ***Principal*** – Arts. 397, 386 e 415 do CPP (Absolvição)
  - ***Subsidiária:*** São pedidos que visam amenizar a situação do acusado **> *DDR BDL***).

2.1 TESE PRELIMINAR

As teses preliminares têm como **objetivo principal atacar o processo**.

Na PRELIMINAR pode-se arguir

Extinção da punibilidade (art. 107 do CP)

Nulidade (art. 564 do CPP)

Rejeição da denúncia (art. 395 do CPP)

Memorize esses artigos

COMO SABER SE NO ENUNCIADO APRESENTADO PELA BANCA EXISTE ALGUMA TESE PRELIMINAR

Caso se trate de TESES DE **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**, o enunciado trará **várias datas distintas**. **Ex.:** o crime de calúnia aconteceu no dia 30/03/2013, mas só foi levado ao conhecimento da autoridade policial no dia 02/12/2013. Como o **crime de calúnia se procede mediante queixa** (6 meses para se manifestar), resta extinta a punibilidade (art. 107, IV, do CP).

Ou ainda, o acusado está sendo processado pelo delito de furto simples (pena máxima 4 anos, art. 155 do CP), e a denúncia foi oferecida em 05/01/2006, mas só foi recebida na data de 08/02/2014. Logo, está prescrito o crime. (Ver arts. 107, IV, e 109, IV, do CP).

Quanto à TESE DE **NULIDADE**, o assunto é um pouco mais complexo, pois, embora o art. 564 do CPP traga as hipóteses em que pode ocorrer nulidade, existem outras várias nos demais artigos do CPP e na própria CF. Assim, o candidato deve ter muita atenção na leitura do enunciado. Vamos tratar detalhadamente deste assunto mais adiante.

No caso de **REJEIÇÃO DA DENÚNCIA ou QUEIXA**, deve-se verificar se a peça inicial acusatória preenche todos os requisitos previstos no art. 41 do CPP, **caso não preencha**, deve-se pleitear a rejeição da peça acusatória, termos do art. 395 do CPP.

> ***Art. 41***. *A denúncia ou* ***queixa*** *conterá a* ***exposição do fato criminoso****, com todas as suas circunstâncias, a* ***qualificação do acusado*** *ou* ***esclarecimentos*** *pelos quais se possa identificá-lo, a* ***classificação do crime*** *e, quando necessário, o* ***rol das testemunhas***.

2.1.1 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ART. 107 DO CP

Já dissemos que, quando alguém (em regra imputável) pratica uma infração, essa pessoa deve ser responsabilizada pelo seu ato, devendo o Estado exercer seu *jus puniendi*.

Ocorre que há algumas **situações que impedem o Estado de agir**, seja pelo decurso de tempo (ex.: prescrição), seja em decorrência de causa sobrenatural (ex.: morte do agente).

A este instituto dá-se o nome de **extinção da punibilidade**, que pode ser entendido como o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei.

HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O Código Penal brasileiro traz, em seu art. 107, um rol exemplificativo de **situações em que o acusado deve ser absolvido** (no caso de **resposta acusação**) ou **extinto o processo** (no caso de memoriais, apelação, RESE etc.).

Vejamos:

> ***Art. 107. Extingue-se a punibilidade:***
>
> *I* - ***Pela morte do agente;***

É **causa natural** de extinção da punibilidade, sendo todas as demais causas jurídicas.

Tem por fundamento o art.5º, XLV, da CF, ou seja, o **princípio da individualização** em que a pena não pode passar da pessoa do infrator.

> ***CUIDADO*****,** pois se a **morte do agente ocorreu após o trânsito em julgado** (sentença ou acórdão), a morte só extinguirá os efeitos penais, principais e secundários, não afetando, no entanto, os extrapenais, vez que, os efeitos civis da sentença condenatória subsistem. Assim, nada impede a execução da sentença penal no juízo cível contra os sucessores do falecido, desde que realizada a prévia liquidação do valor do dano.

II - ***Pela anistia, graça ou indulto;***

São institutos pelos quais o Estado manifesta sua renúncia ao *jus puniendi.* Desta forma, trata-se de espécies de indulgência, clemência soberana ou graça em sentido amplo.

Se o decreto que instituiu o indulto foi publicado **após o trânsito em julgado da sentença penal**, o pedido de extinção de punibilidade deve ser direcionado ao juiz da vara das execuções penais (art. 197 da LEP) e pode ser feito pelo condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa, conforme determina o art. 188 da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84.

III - ***Pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;***

Trata-se do instituto do *Abolitio Criminis*. A lei penal retroage e torna extinta, atingindo fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, sempre que beneficiar **todos os agentes** de qualquer modo.

IV - ***Pela prescrição***, ***decadência*** *ou* ***perempção****;*

Conforme veremos mais adiante.

V - ***Pela renúncia do direito de queixa*** *ou* ***pelo perdão aceito****, nos crimes de ação privada;*

Renúncia é a abdicação do direito de promover a ação penal pelo ofendido ou seu representante legal, ou seja, consiste na manifestação do desinteresse do ofendido em exercer o direto de queixa. Perdão é o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal manifesta que desiste do prosseguimento da ação penal privada, conforme dispõe o art.105, caput do CP.

VI - ***Pela retratação do agente****, nos casos em que a lei a admite:*

"O querelante que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena" (Art. 143 do CP).

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - ***Pelo perdão judicial****, nos casos previstos em lei.*

Trata-se de uma faculdade do juiz de, nos casos previstos em lei, deixar de aplicar a pena, em face de justificadas circunstâncias excepcionais, tais como art.121, §5º; art.129, §8º; Art.140, §1º, I e II; art.176, parágrafo único; art.180, §5º; art. 240, §4º; art.249, §2º ambos do CP.

OUTRAS CAUSAS DE EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE

Com frisamos, **o rol do art. 107 não é taxativo**, existindo outras situações em que pode ocorrer a extinção da punibilidade, como por exemplo:

CÓDIGO PENAL:

Extraterritorialidade

Art. 7º, *§ 2º.*

Da suspensão condicional da pena

Art. 82*. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação,* ***considera-se extinta*** *a pena privativa de liberdade.*

Do livramento condicional

Art. 90*. Se até o seu término o livramento não é revogado,* ***considera-se extinta*** *a pena privativa de liberdade.*

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A.

§ 2º ***É extinta a punibilidade*** *se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

Peculato

Art. 312 *...*

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, ***extingue a punibilidade****; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.*

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A *...*

§ 1º É ***extinta a punibilidade*** *se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

LEI 9.099/95 – JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS:

Acordo homologado

Art. 74*. ...*

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo ***homologado acarreta a renúncia*** *ao direito de queixa ou representação.*

Suspensão do processo

Art. 89*. ...*

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará ***extinta a punibilidade****.*

LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995 - IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS JURÍDICAS:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade *dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.*

LEI Nº 10.684, DE 30 DE MAIO DE 2003 - LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA:

Art. 9º *É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*

§ 2º ***Extingue-se a punibilidade*** *dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

LEI Nº 11.941, DE 27 DE MAIO DE 2009 - LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA:

Art. 69. Extingue-se a punibilidade *dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.*

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a ***extinção da punibilidade*** *ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.*

EFEITOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

É importante ressaltar que, com exceção da ***anistia*** (inciso II) e o ***abolitio criminis*** (inciso III) que EXCLUEM O PRÓPRIO CRIME, as **demais causas** atingem apenas o *jus puniendi*, ou seja, o CRIME PERMANECE com todos os demais efeitos, inclusive **perda da primariedade**, se a extinção ocorrer após o trânsito em julgado. Todavia, se a extinção ocorre antes do trânsito em julgado, a primariedade do infrator não será atingida, não persistindo qualquer efeito penal.

REVISANDO:

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Na peça de **resposta à acusação** a extinção da punibilidade leva à absolvição sumária, conforme inciso IV do art. 397 do CPP.

Art. 397*. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o* ***juiz deverá absolver sumariamente o acusado*** *quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

IV - ***extinta a punibilidade do agente****.*

Isso se justifica pelo fato de que seria dispendioso para o Estado e desgastante para as partes levarem adiante um processo criminal em fase de início em que o Estado não mais teria como punir o infrator.

2.1.1.1 PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA e PEREMPÇÃO

As causas de extinção da punibilidade mais cobradas na prova da OAB são:

a) prescrição,

b) decadência e

c) perempção

2.1.1.1.1 PRESCRIÇÃO

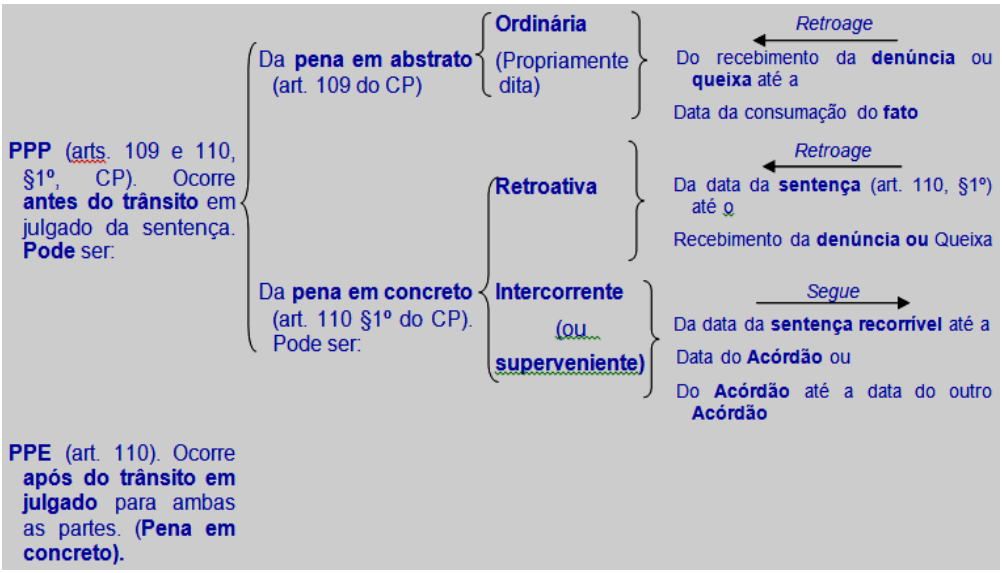
Em primeiro momento, parece ser um assunto complexo, mas à medida que o candidato for se familiarizando com ele, vai perceber que não é “bicho papão”.

Para entendermos o instituto da prescrição, precisamos primeiramente conhecer seu conceito e espécies.

Prescrição penal **é a perda da pretensão punitiva OU executória pelo Estado, em razão do decurso do tempo**.

ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Pelo conceito apresentado acima se verifica que **duas as espécies de prescrição**, a saber: Prescrição da Pretensão Punitiva - PPP e Prescrição da Pretensão Executória - PPE. Vejamos o esquema abaixo.



a) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - PPP

Divide-se em:

a.1) Ordinária - Art. 109, CP

Na PPP Ordinária leva em consideração a **pena abstrata**, ou seja: a pena determinada no dispositivo da norma penal. Pode se dizer que nesse tipo de prescrição houve apenas a **notícia do fato** ou **oferecimento da denúncia**.

Ex.: O crime praticado pelo agente tinha pena máxima em abstrato fixada em 2 anos (ex.: art. 134, CP), mas passados 4 anos e 1 mês o juiz ainda não recebeu a denúncia ou queixa, ou se recebeu, não prolatou sentença dentro do prazo (art. 109, IV, CP).

a.2) **Retroativa** e 3) **Intercorrente (**ou **superveniente) – Art. 110, § 1º, CP**

Já na **PPP Retroativa** e **Intercorrente** existe uma **sentença condenatória (**ou **acórdão)**, ou seja: pena em concreto aplicada pelo julgador, MAS que foi aplicada após inspiração do prazo previsto no art. 109 do CP.

Ex.: *Petrus foi denunciado pela pratica de Lesão Corporal Simples (art. 129, Caput, do CP). Recebida a denúncia e apresentada a defesa prévia, o juiz o condenou a uma pena de 6 meses. A defesa de Petrus apelou da sentença condenatória e passados 4 anos, o TJ ainda não analisou o feito.*

Conforme o art. 109, VI, do CP, pena inferior a 1 ano, prescreve em 3 anos.

b) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA PPE - Art. 110, CP

Por fim, na **PPE** já existe uma **sentença que transitou em julgado**, portanto não cabe mais recurso, devendo o condenado cumprir a pena imposta pelo juiz.

No entanto, o Estado perdeu o prazo para fazer com que o condenado cumprisse a pena. **Ex**.: Foi condenado a cumprir pena de 2 anos, entretanto, passados 4 anos (art. 109, V, CP) ainda começou a cumprir.

Vejamos redação do 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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).*
>
> *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* ***três anos****, se o máximo da pena é inferior a um ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).*

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os ***mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.***

CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO:

O art. 117 do Código Penal traz as hipóteses de **INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO**, ou seja, situações que, quando ocorridas, leva o prazo a começar de novo, zera tudo.

Art. 117*. O curso da prescrição interrompe-se:* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; **(PPP Ordinária)**

II - pela pronúncia **(Obs.: PPP Retroativa ou Superveniente)**;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; **(Obs.: PPP Retroativa ou Superveniente)**

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena **(PPE,** se transitou em julgado**)**;

VI - pela reincidência. (**Obs.: Não influi na PPP**, só na PPE. Súmula 220 do STJ).

Redução dos prazos de prescrição:

ATENÇÃO para o que determina os arts. 115 e 117 do CP.

Art. 115*. São* ***reduzidos de metade*** *os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime,* ***menor de 21 (vinte e um) anos****, ou, na data da sentença,* ***maior de 70 (setenta) anos****.* (grifamos)

NÃO ESQUEÇA!!

O prazo de prescrição **é prazo penal** (art. 10 do CP).

CASO PRÁTICO

Vejamos um caso prático apresentado pelo professor e jurista Dr. Francisco Dirceu Barros disponível no site www.euvoupassar.com.br. (com adaptações feitas por nós)

*No dia 6 de maio de 2010, "****A****" comete o crime de lesão corporal dolosa simples (art. 129, caput).*

*Da data da consumação do crime ao recebimento da denúncia, já se passaram 2 (dois) meses, e da data do recebimento da denúncia até a publicação da sentença, 3 (três) anos. "**A**" foi condenado a 8 (oito) meses.*

A sentença transitou em julgado para a promotoria e a defesa recorreu.

Já se passaram 3 (três) anos e 3 (três) meses e o Tribunal de Justiça ainda não julgou o caso.

Pergunta-se: o crime está prescrito?

Resposta:

Sim. Vamos dividir o raciocínio em algumas etapas.

1º) O crime de lesão corporal simples tem pena máxima *in abstracto* de 1 (um) ano; portanto, segundo o art. 109, V, do Código Penal, prescreve em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois). Observe que NÃO decorreram 4 (quatro) anos da data da consumação do crime ao recebimento da denúncia, nem da data do recebimento da denúncia à publicação da sentença. **Portanto, NÃO ocorreu a prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente dita (**ou ORDINÁRIO**).**

2º) "***A***" foi condenado a 8 (oito) meses (pena concreta), não se podendo falar em prescrição executória porque a defesa recorreu do devido prazo. Logo, o Estado não pode executar a pena enquanto não resolvido o recurso. **NÃO ocorreu a Prescrição da Pretensão Executória - PPE.**

3º) Entre o trânsito em julgado para o Ministério Público e julgamento no Tribunal de Justiça, só decorreram 3 (três) anos. O Estado teria 3 (três) anos para julgar o caso, conforme ilação lógica do inciso VI do art. 109 que declara que prescreve em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. **Portanto, ocorreu a Prescrição da Pretensão Punitiva SUPERVENIENTE.**

OUTROS CASOS PRATICOS SOBRE PRESCRIÇÃO PENAL

Feitas essas breves considerações sobre o tema, passaremos a analisar algumas questões de provas anteriores do exame da OAB e de outros concursos. Mas antes **fica a dica**: É imprescindível a leitura dos artigos 107 a 118 do Código Penal.

1) Prescrição da pretensão punitiva - PPP

a) Pena em concreto

(Defensoria Pública-SP*) Á Rosilda, reincidente e presa em flagrante, pela prática de três crimes em concurso material foram impostas as seguintes penas: três anos; dois anos; seis meses. Essas penas, somadas, em razão do concurso material, totalizaram cinco anos e seis meses de reclusão. Ela tinha vinte anos na data dos fatos e vinte e quatro anos na data da sentença condenatória. O* ***recebimento da denúncia se deu no dia 20.05.2001*** *e, a* ***sentença condenatória proferida e publicada no dia 20.05.2005****, transitou em julgado para as partes sem recurso. Nos termos do art. 109 do Código Penal, os lapsos prescricionais correm em:*

III. 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV. 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V. 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

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

Pode-se afirmar:

b) Ocorreu a ***prescrição da pretensão punitiva*** *de todas as penas, entre a data do recebimento da denúncia e a data da sentença, porque a sentenciada era menor de 21 anos à época dos fatos e, no caso de concurso de crimes, a prescrição incide sobre a pena de cada um, isoladamente, e não sobre as penas somadas.*

2) Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa

(OAB 2ª fase/VIII exame 2012) *João foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 299 caput e parágrafo único do Código Penal. A* ***inicial acusatória foi recebida em 30/10/2000*** *e o processo teve seu curso normal. A* ***sentença penal, publicada em 29/07/2005****, condenou o réu à* ***pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão,*** *em regime semiaberto, mais pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. Irresignada, somente a defesa interpôs apelação.*

Todavia, o Egrégio Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo, ao argumento de que não haveria que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição, haja vista o fato de que o ***réu era reincidente****, circunstância devidamente comprovada mediante certidão cartorária juntada aos autos.*

Nesse sentido, considerando apenas os dados narrados no enunciado, responda ao item a seguir.

A) Está extinta a punibilidade do réu pela prescrição? Em caso positivo, indique a espécie; em caso negativo, indique o motivo.

Resolução da questão:

Para resolvermos a questão acima, devemos primeiramente analisar os dispositivos correspondentes do Código Penal, referentes ao crime amputado a João.

Art. 299. ..

Pena - *reclusão,* ***de um a cinco anos, e multa, se o documento é público****, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.*

Parágrafo único - *Se o agente é* ***funcionário público****, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil,* ***aumenta-se a pena de sexta parte***. (grifo nosso)

Veja que a pena máxima é de **cinco (5) anos, aumentada da sexta parte,** perfazendo, assim, um total de 5 anos e 8 meses**.** Assim, devemos analisar a tabela do art. 109 do CP para saber em que prazo prescreve a pena.

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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).*

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

Logo, temos que a pena ***em abstrato*** de 4 a 8 anos **prescreverá em 12 anos**.

Ocorre que João foi condenado a **pena de 1 ano e 11 meses (pena em concreto)**. Assim, devemos analisar novamente a tabela do art. 109,

Art. 109.

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

Assim, a pena de um (1) ano e 11 meses **prescreve em 4 anos**.

Se levarmos em conta a data do recebimento da **denúncia (30/10/2000)** e a da publicação da **sentença condenatória (29/07/2005),** vemos que transcorreu lapso de tempo superior a 4 anos; logo, **ocorreu a prescrição da pretensão punitiva retroativa**.

PEGADINHA!!!

Quanto à REINCIDENTE, a súmula 220 do STJ dispõe que "*A reincidência são influi no prazo de prescrição da pretensão punitiva*". Logo, conclui-se que ela **só deve influir na Prescrição da Pretensão Executória**.

Por fim, sobre a prescrição da multa, dispõe o CP:

***Art. 114**. A prescrição da **pena de multa** ocorrerá:*

*I - **em 2 (dois) anos**, quando a multa for a única cominada ou aplicada;*

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

3) Prescrição da pretensão punitiva superveniente

*(**2012 – OAB/ 1ª fase/FGV**) No dia **18/10/2005**, Eratóstenes **praticou um crime** de corrupção ativa em transação comercial internacional (Art. 337-B do CP), cuja pena é de 1 a 8 anos e multa. Devidamente investigado, Eratóstenes foi denunciado e, em **20/1/2006**, a **inicial acusatória foi recebida**. O processo teve regular seguimento e, ao final, o magistrado sentenciou Eratóstenes, **condenando-o à pena de 1 ano de reclusão** e ao pagamento de dez dias-multa. A **sentença** foi publicada em **7/4/2007**. O Ministério Público não interpôs recurso, tendo, tal sentença, transitado em julgado para a acusação. A defesa de Eratóstenes, por sua vez, que objetivava sua absolvição, interpôs sucessivos recursos. Até o dia **15/5/2011**, o processo ainda não havia tido seu definitivo julgamento, ou seja, não houve trânsito em julgado final.*

Levando-se em conta as datas descritas e sabendo-se que, de acordo com o art. 109, incisos III e V, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, verifica-se em 12 (doze) anos se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito anos e em 4 (quatro) anos se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não exceda a dois, com base na situação apresentada, é correto afirmar que

*c) ocorreu **prescrição da pretensão punitiva superveniente**, que pressupõe o trânsito em julgado para a acusação e leva em conta a pena concretamente imposta na sentença.*

Resolvendo a questão:

Considerando que a FGV já deu todas as informações necessários, vamos trabalhar com elas.

Houve denúncia que seguiu seu curso normal e Eratóstenes foi condenado a **um (1) ano de reclusão** e ao pagamento de dez dias-multa, com sentença publicada em 7/4/2007.

Já sabemos que **pena máxima igual a 1 ano prescreve em 4 anos** (art. 109, V).

Eratóstenes interpôs o respectivo recurso para o TJ. Ocorre que até o dia 15/5/2011, ou seja, 4 anos, 1 mês e alguns dias, o recurso ainda não foi apreciado pelo órgão superior. Assim, tem-se que **houve prescrição da pretensão punitiva superveniente**.

4) Prescrição em concurso de crimes

(Exame da OAB, CESPE-UNB/2009.3) *João, dependente químico, com intenção de subtrair valores em dinheiro para aquisição de substâncias entorpecentes, entrou em um ônibus estadual e, munido de uma arma de brinquedo, anunciou assalto, ordenando que todos os presentes colocassem, em uma sacola que deixara no chão, os valores em espécie que possuíssem, ameaçando matá-los caso se recusassem a fazê-lo. Todos obedeceram à sua ordem e ele conseguiu subtrair, ao todo, R$ 500,00. João saiu do ônibus e, após uma perseguição policial que durou cerca de meia hora, foi preso. Considerando essa situação hipotética e o concurso formal de crimes, assinale a opção correta.*

c) Para o cálculo da prescrição dos crimes praticados por João, é indiferente o acréscimo que se realize em face do concurso formal de crimes, haja vista que, em tais situações, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente.

Resolvendo a questão:

De fato, em caso de concurso de crimes, o cálculo da prescrição deve ser realizado em relação a cada delito, sem levar em consideração eventual acréscimo decorrente do concurso, conforme prevê o art. 119 do CP:

> ***Art. 119.*** *No caso de concurso de crimes, a* ***extinção da punibilidade*** *incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.*

2.1.1.1.2 DECADÊNCIA

Primeiramente se faz necessário apresentar a **distinção entre decadência e prescrição**.

A **prescrição** é a PERDA DA PRETENSÃO, ou seja, perda do prazo de reivindicar um direito. Já a **decadência** é a perda do direito em si em face do decurso de prazo. Operada uma ou outra, o direito não mais pode ser exercido.

A **decadência** é, pois, a PERDA DO DIREITO DE AÇÃO OU DE REPRESENTAÇÃO, em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei, constituindo, pois, em **causa de extinção de punibilidade**.

Diferentemente do prazo prescricional, o **prazo decadencial não se interrompe, nem se suspende**.

Feita a distinção, vejamos o que diz o Código Penal em seu art. 103.

> *"Salvo disposição expressa em contrário, o **ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do PRAZO DE 6 (SEIS) MESES**, CONTADO DO DIA EM QUE VEIO A SABER QUEM É O AUTOR DO CRIME, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.* (grifamos)

Caso o ofendido ou seu representante legal não manifeste interesse em processar o autor do fato dentro do **prazo legal de 6 meses**, haverá caracterizada a decadência, ou seja, não há mais espaço para a persecução criminal contra o autor do fato.

QUESTÕES SOBRE O TEMA (DECADÊNCIA)

01. *(IX exame/2012.3 – FGV. Adaptada) GISELE foi denunciada, com recebimento ocorrido em **31/10/2010**, pela prática do delito de lesão corporal leve, com a presença da circunstância agravante, de ter o crime sido cometido contra mulher grávida. Isso porque, segundo narrou a inicial acusatória, GISELE, no dia **01/04/2009**... deu um chute nas costas de CAROLINA....Sendo assim, tão logo voltou de um intercâmbio, mais precisamente no dia **18/10/2009**, CAROLINA compareceu à delegacia e noticiou o fato, representando contra Gisele.*

Resolvendo a questão

O primeiro passo que o candidato deve dar é saber **qual infração foi praticada:**

Infração: *lesão corporal leve.*

O segundo passo é verificar qual **tipo de ação penal** se aplica ao caso.

Ação Penal: em regra, nos crimes de lesão corporal, a ação pena é pública incondicionada. Entretanto, por opção do legislador, tratando-se de **crime de lesão corporal leve**, conforme prevê o **art. 88 da Lei 9.099/95**, a **ação penal dependerá de** REPRESENTAÇÃO.

Em seguida, verificar o art. 109 do CP para verificar se o crime não está prescrito. Ou se tratando de crime ação penal privada, verificar se decorreu o prazo seis meses.(decadência).

Pois bem! O fato ocorreu em **01/04/2009** e somente em **18/10/2009** a vítima compareceu à delegacia.

Como o art. 103 do CP e o art. 30 do CPP determinam que o **prazo é de 6 meses**, Carolina tinha até o dia 30/09/2009 (prazo penal) para fazer a representação, o que só foi feito em 18/10/2009. Logo, está extinta a punibilidade nos termos do art. 107, IV, do CP.

MUITO IMPORTANTE! PORTANTO, NÃO ESQUEÇA!

Lei 9.099/95: ***Art. 88.*** *Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, DEPENDERÁ DE REPRESENTAÇÃO a ação penal relativa aos* ***crimes de lesões corporais leves e lesões culposas***.

CP: Art. 103. *Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido DECAI DO DIREITO DE QUEIXA OU DE REPRESENTAÇÃO se* ***não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses****, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.*

Quando o enunciado da questão descrever várias **datas,** é possível que seja uma situação de EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE.

2.1.1.1.3 PEREMPÇÃO

A Perempção, que tem o sinônimo de abandono, tem previsão legal no inciso IV do art. 107 do CP, e significa a ***perda do direito de prosseguir na ação penal PRIVADA***.

Deste modo, se querelante, que já iniciou a ação de iniciativa privada, não realiza os atos necessários ao seu prosseguimento, deixando de movimentar o processo, levando à presunção de desistência restará extinta a punibilidade.

As hipóteses de perempção estão elencadas no art. 60 do CPP. Vejamos:

> ***Art. 60.*** *Nos casos em que somente se procede mediante queixa,* ***considerar-se-á perempta a ação penal:***
>
> *I - quando,* ***iniciada esta****, o querelante* ***deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos****;*
>
> *II - quando,* ***falecendo*** *o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade,* ***não comparecer em juízo****, para prosseguir no processo,* ***dentro do prazo de 60 (sessenta) dias****, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;*
>
> *III - quando o querelante* ***deixar de comparecer****,* ***sem motivo justificado****, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou* ***deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais****;*
>
> *IV - quando, sendo o querelante* ***pessoa jurídica****,* ***esta se extinguir sem deixar sucessor****.*

CASO PRÁTICO

Em determinada ação penal privada, na qual se apura a prática dos delitos de calúnia e difamação, a parte não apresenta, em alegações finais, *pedido de condenação em relação ao delito de calúnia, fazendo-o tão somente em relação ao delito de difamação. Com relação ao caso apresentado, assinale a afirmativa correta. (OAB- XIII-FGV)*

a) Ocorreu a perempção em relação ao delito de calúnia.

2.1.2 NULIDADES

De forma sucinta pode se definir nulidade como "*uma sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não estejam de acordo com as condições de validade impostas pelo Direito objetivo*" (Frederico Marques).

2.1.2.1 - Hipóteses de ocorrência

Hipóteses previstas no CPP:

O CPP trata sem seu art. 564 das hipóteses de nulidades mais cobradas em concursos e na prova da OAB.

Vamos analisar, então, as hipóteses de nulidades do art. 564 do CPP, lembrando que se trata de **rol exemplificativo**.

> ***Art. 564.*** *A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

*I - POR **INCOMPETÊNCIA**, **SUSPEIÇÃO** OU **SUBORNO DO JUIZ**;*

I.a) ***incompetência do juiz***

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos LII e XXXVII, dispõe que:

> *LIII - ninguém será processado nem sentenciado **senão pela autoridade competente**.* (grifo nosso)

Trata-se do **principio do juiz natural**, cujo fundamento é que a autoridade judiciária que funcione no processo deve ser aquela instituída de competência.

Caso o processo tenha sido apreciado por um juiz que não tenha competência para o feito, o candidato deve demonstrar a incapacidade do julgador.

COMO SABER SE O JULGADOR É OU NÃO COMPETENTE?

Já abordamos esse assunto no capítulo anterior "***ELABORANDO O RASCUNHO***" no tópico ***COMPETÊNCIA.***

I.b) ***Suspeição do juiz***

A suspeição diz respeito à parcialidade do julgador, que, se não reconhecida de ofício, **é causa de nulidade absoluta** do processo que **deve ser arguida pelas partes**.

Hipóteses de suspeição do juiz, segundo o CPP:

> ***Art. 254****. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:*
>
> *I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;*

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

I.c) ***Suborno do juiz***

O suborno diz respeito à sua infidelidade no processo, constituindo, conforme o caso, crime de concussão (316 do CP), corrupção passiva (317 do CP), ou prevaricação (319 do CP).

II - POR ***ILEGITIMIDADE DE PARTE****;*

A legitimidade de parte ou legitimidade para a causa (ad causam) é uma das condições da ação e se refere ao aspecto subjetivo da relação jurídica processual.

Parte legítima, no processo penal, é apenas aquela que tem o direito de requerer a punição (legitimidade ativa) e, de outro lado, aquela que tem o seu interesse (liberdade) em conflito com aquela pretensão (legitimidade passiva).

Exemplos:

=>MP ofereceu denúncia, mas a ação penal era pública condicionada à representação (art. 24 CPP). Portanto, o MP não tem legitimidade.

=>Oferecimento de denúncia em crime apurável mediante queixa => Ação Penal Privada

=>Denúncia contra menor de 18 anos de idade.

Uma vez reconhecida a *ilegitimidade ad causam*, o processo é anulado *ab initio*. Reconhecida a ilegitimidade *ad processum*, a nulidade pode ser sanada a qualquer tempo, mediante ratificação dos atos processuais já praticados (Art. 568 do CPP).

*III - POR **FALTA DAS FÓRMULAS** OU **DOS TERMOS** SEGUINTES:*

Trata-se de cerceamento de defesa.

> *"No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"* (Súmula nº 523 do STF).

*a) a **denúncia ou a queixa** e a **representação** e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o **auto de prisão em flagrante**;*

Exemplos:

=> Inicial que não preenche os requisitos do art. 41 do CPP; falta de condições da ação ou pressupostos processuais – Art. 395 do CPP.

=> A decisão não motivada que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva (art. 315 do CPP).

=> Representação oferecida por pessoa não qualificada para tal ato (art. 39 do CPP).

*b) o **exame do corpo de delito** nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;*

Caso não haja exame de corpo de delito (art. 158 do CPP) e não houver prova testemunhal, poderá ser pleiteada a nulidade do processo em razão do afronto ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, da CF),

*c) a **nomeação de defensor ao réu** presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;*

Exemplo:

> ***CPP:** Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.*
>
> ***Súmula 708 do STF:** É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.*
>
> ***Súmula 523 do STF:** No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

*d) a **intervenção do Ministério Público** em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;*

Mesmo que a ação penal seja exclusivamente privada, o MP deve atuar como fiscal da lei. Caso não o faça, haverá nulidade.

*e) a **citação do réu** para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;*

Exemplos:

=> Ausência de interrogatório – art. 187 do CPP.

=> Art. 366 do CPP: *Se o **acusado, citado por edital**, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

=> **Súmula 351 do STF**: *É nula a **citação por edital** de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição.*

EXPLICANDO A SÚMULA 351 do STF:

A **citação editalícia** só se legitima quando esgotada a possibilidade de localização do réu em face dos elementos dos autos. (HC 7282355 PR 0728235-5-TJ-PR). Se o acusado encontrava-se preso na mesma unidade da Federação, o juiz deve ter conhecimento de sua localização e, assim, não pode determinar a citação por edital.

*f) a **sentença de pronúncia**, o **libelo** e a **entrega da respectiva cópia**, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;*

=> A decisão deve ser fundamentada - art. 413 do CPP.

=> A intimação da decisão de pronúncia – art. 420 do CPP.

*g) a **intimação do réu** para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;*

=> Intimação do acusado:

*Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido **regularmente intimado.***

A contrassenso, se não foi intimado, o julgamento deve ser adiado, sob pena de nulidade.

=> **Súmula 431 do STF**:

É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em "Habeas Corpus".

*h) a **intimação das testemunhas** arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;*

=> Se as testemunhas arroladas não foram intimadas e houve julgamento, o mesmo deve ser nulo, visto que pode ocorrer prejuízo para o acusado.

*i) a **presença pelo menos de 15 jurados** para a constituição do júri;*

=> Composição do tribunal do júri - arts. 447 e 463 do CPP.

*j) o **sorteio dos jurados** do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;*

=> CPP:

***Art. 455**. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*

§ 1º O sorteio será realizado entre o 15o (décimo quinto) e o 10o (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

§ 2º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes.

§ 3º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras.

*k) os **quesitos e as respectivas respostas**;*

=> Ver arts. 482 e 483, § 3º, do CPP.

=> Súmula 156 do STF: *É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.*

=> Súmula 162 do STF: *É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes.*

=> Súmula 206 do STF: *É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo.*

*l) a **acusação e a defesa**, na sessão de julgamento;*

=> Ver arts. 456 e 477 do CPP:

> ***Art. 456**. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão.*
>
> ***Art. 477**. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.*

*m) a **sentença**;*

=> Art. 381 do CPP e art. 93, IX, da CF. A decisão deve ser fundamentada.

=> Não obediência ao sistema trifásico – art. 68 do CP.

*n) o **recurso de ofício**, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;*

=> É o recurso interposto pelo próprio juiz; o tribunal deve analisar a decisão do juiz.

> ***Súmula 423 do STF:** Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege.*

*o) a **intimação**, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;*

=> Arts. 370, 371, 372, 392 e 420 do CPP.

*p) no **Supremo Tribunal Federal** e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;*

*IV - **por omissão de formalidade** que constitua elemento essencial do ato.*

=>Ausência de citação - art. 360 do CPP.

=>Ausência de procuração com poderes especiais – art. 44 CPP.

=>Intimação para julgamento – súmula 431 do STF.

=>Falta de resposta à acusação – art. 396-A, § 2º, do CPP e súmula 523 do STF.

=>Falta de proposta de suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei 9.099/95.

=>Denúncia genérica (não descreve todos os elementos da figura típica) – art. 41 do CPP.

=>Não realização do *mutatio libelli* - art. 384 do CPP (Princípio da correlação).

=>Pronúncia – art. 413, § 1º c/c art. 478, I ambos do CPP.

=>***Reformatio in pejus*** - art. 617 do CPP e súmula 160 do STF:

> ***Art. 617***. *O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*
>
> ***Sumula 160/STF:*** *É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.*

Art. 564. ...

Parágrafo único. *Ocorrerá ainda a nulidade, **por deficiência dos quesitos ou das suas respostas**, e **contradição** entre estas.*

O juiz deve formular os quesitos com simplicidade, para fácil entendimento pelos jurados. Havendo contradição nas respostas, deve o juiz mostrar a contradição e perguntar novamente sobre a existência delas, sob pena de nulidade do processo.

CERCEAMENTO DE DEFESAS

Portanto, ocorrendo alguma hipótese de nulidade previstas no art. 564 do CPP, o candidato dever arguir nulidade do processo em

decorrência do cerceamento de defesas[34] com fundamento art. 5º, LV, da CF, que dispõe:

> *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"*

2.1.2.2 Nulidades relacionadas às provas ilícitas

Entende-se por provas ilícitas aquelas colhidas de modo a infringir as normas de direito material (art. 157, CP) e constitucional (art. 5º, LVI, CF).

A CF, em seu 5º, inciso LVI, consagrou como dogma **a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas**.

> *"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"*

O art. 157, caput, do CPP dispõe que:

> *"São inadmissíveis, **devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a **normas constitucionais** ou **legais**".* (grifamos)

Hipóteses mais comuns de ocorrência de prova ilícita

As normas constitucionais e legais a que se refere o caput do art. 157 do CPP são, entre outras:

- ✓ Interceptação telefônica (art. 2º da Lei 9.296/96)

  =>É um exemplo de provas ilícitas por derivação, aquelas extraídas de uma prova obtida por meio ilícito.
- ✓ Confissão obtida mediante tortura (art. 1º, da Lei nº 9.455/97)
- ✓ Violação de correspondência (art. 151 do CP)
- ✓ Violação de domicílio (art. 5º, IX da CF; art. 240 do CPP e art. 150 do CP)
- ✓ Investigação para obtenção de provas sem autorização judicial (arts. 3º, 10, 15 e 23 da Lei 12.250/2013)

[34] **Cerceamento de defesas** é todo e qualquer obstáculo que impeça uma das partes de se defender da forma legalmente permitida.

Ocorrendo alguma situação acima, sem a devida autorização judicial, estará caracterizada a **prova ilícita**, devendo a(s) prova(s) ser(em) desentranhada(s) do processo para que o mesmo seja anulado, nos termos do art. 564, IV, do CPP.

No caso da peça de **Resposta à Acusação,** a prova ilícita leva ao pedido de **rejeição da denúncia** nos termos do art. 395, III, do CPP e, consequentemente, **absolvição sumária** do acusado com fundamento no art. 397, III, do CPP, pois, quando desentranhadas do processo a prova ilícita, as demais provas tornam-se inválidas e, portanto, o fato será atípico.

Nas demais peças(Apelação, RESE etc), como já houve o recebimento da denúncia ou queixa, leva apenas à anulação do processo.

2.1.3 REJEIÇÃO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

O recebimento da denúncia é ato pelo qual o juiz decide sobre a *viabilidade* da ação movida pelo MP ou querelante. Com isto, objetiva-se evitar o início da instrução criminal quando verificada a ausência de quaisquer dos requisitos essenciais ao *legítimo e regular* exercício da ação penal.

Se ausente algum dos requisitos essências ao exercício regular da ação penal, o juiz deve rejeitar a peça acusatória (art. 395 do CPP).

A **tese de rejeição da denúncia** EM REGRA é usada na RESPOSTA À ACUSAÇÃO, tendo em vista que se a denúncia ou queixa já foi recebida, não teria o juiz como rejeitá-la se já a recebeu. Todavia, é possível usar essa tese nas demais peças cabíveis após a resposta à acusação, caso fique demonstrado que **não existe justa causa para propositura da ação penal**, o juiz poderá acatar o pedido de rejeição e consequentemente, trancar a ação penal.

NÃO ESQUEÇA: O pedido de rejeição leva ao **trancamento da ação penal**.

2.1.3.1 Hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa

Quanto às **hipóteses de rejeição**, prevê o art. 395 do CPP:

Art. 395. *A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*

I ***- for manifestamente inepta****;*

A denúncia ou queixa não preenche os requisitos da inicial previsto no art. 41 do CPP.

II - ***faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal****; ou*

Ausência de capacidade postulatória.

Falta de condição da ação: legitimidade de agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

III - ***faltar justa causa para o exercício da ação penal****.*

"A falta de justa causa, refere-se à ausência da "fumaça do bom direito" para a prisão, o inquérito, a ação penal, enfim qualquer constrangimento à liberdade ambulatorial da pessoa". (Vauledir Ribeiro Santos)

O fato é atípico (ex.: art. 181 do CP). Restará extinta a punibilidade.

Da **decisão que recebe a denúncia** NÃO CABE RECURSO, podendo ser impetrado HC. Todavia, **se recebida**, pode ser impugnada com a interposição de RESE (art. 581, I, do CPP).

2.2 TESES DE MÉRITO

Nas teses de mérito busca-se **demonstrar a FALTA DE JUSTA CAUSA**, atacando a ação penal.

Tem como objetivo **absolver**(ou condenar) o acusado ou **amenizar a situação prisional** deste, verificando se existe crime, se o agente é culpado e se há possibilidade de aplicação de pena.

A tese de mérito se divide em

1) principal e

2) subsidiária.

2.2.1 TESE PRINCIPAL – ABSOLVIÇÃO

A **tese principal** tem por objetivo a ABSOLVIÇÃO (ou condenação do acusado - dependendo de que lado o candidato irar atuar), mas em regra, na prova da OAB estaremos do lado da vítima.

Um questionamento surge: **como saber as hipóteses de absolvição?**

Certamente o candidato não terá muita dificuldade para desenvolver a tese de absolvição. Isso porque o próprio CPP já deixa bem claro, conforme veremos a seguir.

2.2.1.1 Tipos de absolvição

Podemos dizer que **existem três tipos de absolvição** no Código de Processo Penal:

FIXAR

1) **Absolvição sumária do art. 397** => Resposta à acusação
2) **Absolvição do art. 386** => Memoriais, recursos e revisão criminal
3) **Absolvição do art. 415** (1ª fase do júri) => RESE e memoriais

A depender do **tipo de peça a ser elaborada**, o candidato dever verificar cuidadosamente o dispositivo correspondente do CPP e ver qual o tipo de tese cabível para se pleitear a absolvição no caso apresentado pela banca.

Vejamos detalhadamente cada uma dessas hipóteses de absolvição.

2.2.1.1.1 ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ART. 397

A absolvição sumária do ar. 397 do CPP – ou julgamento antecipado da lide - deve ser usada apenas para a peça de **Resposta à Acusação**, nos termos do art. 397 do CPP, conforme analisaremos a seguir.

Art. 397. *Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:*

I - A existência manifesta de causa ***excludente da ilicitude do fato***

Ilícito é aquilo contrário ao direito, à lei. A Ilicitude (ou antijuridicidade) representa tudo àquilo que é contrário ao direito, à lei, ou seja, aquilo que a lei proíbe.

Entretanto, apesar de todo crime, em regra, ser considerado um ato ilícito, o Direito prevê algumas situações que, mesmo praticado um crime, a conduta do agente não será considerada ilícita. São as chamadas "**excludentes da ilicitude**", previstas no Código Penal.

As excludentes podem ser:

=> Genéricas: art. 23 do CP:

Estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito – art. 23, III.

Estado de necessidade – art. 24

Legítima defesa – art. 25

=> Específicas

Aborto praticado por médico – art. 128

Injúria ou difamação punível - art. 142

Constrangimento ilegal – art.146, § 3´

II - A existência manifesta de causa ***excludente da culpabilidade*** *do agente, salvo inimputabilidade;*

Excludente da culpabilidade (dirimentes ou eximentes) é entendida como um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso.

Portanto, são situações que, uma vez reconhecidas, **isentam de pena o autor de um fato típico e antijurídico**, ou seja, do crime, já que sem culpabilidade não se pode aplicar a pena.

São as hipóteses de:

a) erro de proibição (art. 21, caput, CP)

b) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, CP) => inexigibilidade de conduta diversa

c) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, CP)

d) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP)

e) inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, CP)

f) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

CUIDADO!!

Tratando-se de **INIMPUTÁVEL**, **não haverá absolvição sumária**, mas ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. Isso porque, caso seja responsabilizado, ser-lhe-á imposta uma **MEDIDA DE SEGURANÇA** e não uma pena.

No procedimento do júri**,** o **inimputável pode ser absolvido sumariamente**, desde que esta seja sua única tese de defesa.

*III - Que o **fato** narrado evidentemente **não constitui crime**;*

O fato até ocorreu, mas não é considerado ilícito, ou seja, o fato é atípico.

Ex. 1: mulher que comete aborto sem estar grávida.

Ex. 2: Filho que subtrai dinheiro do pai (art. 181 do CP)

Ex. 3: a conduta era insignificante. Ex.: furtou um sabonete.

*IV - **Extinta a punibilidade** do agente*

Conforme prevê o art. 107, I, do CP.

Com a morte do agente, resta extinta a punibilidade do autor em decorrência do que prevê o art. 5º, XLV, a CF, que determina que "*nenhum pena passará da pessoa do condenado...*". É o que a doutrina denomina de "**princípio da personalização a pena**".

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA *VERSUS* DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA

Pode ocorrer que fique **comprovado que realmente o acusado praticou o fato** a que lhe é imputado, porém não nas circunstâncias da denúncia. Ex.: denunciado por roubo, mas ficou demonstrado que o crime foi de furto. Neste caso **não há como absolver o réu**, mas pode-se requerer a **desclassificação da conduta** de roubo (art. 157 d CP) para furto simples (art. 155 do CP), de homicídio (art. 121 do CP) para lesão corporal (art. 129 do CP) etc.

Feito isto, **haverá redução da pena**. Reduzindo-se a pena, surgem outros pedidos a serem feitos, como por exemplo, regime de pena a ser cumprido, o que leva à formulação das **teses subsidiárias**, conforme será visto mais adiante.

JAMAIS ESQUEÇA!

O **art. 397 se aplica a qualquer rito** na peça de RESPOSTA À ACUSAÇÃO, **inclusive para os crimes dolosos contra a vida**.

2.2.1.1.2 ABSOLVIÇÃO DO ART. 386

O pedido de absolvição fundamentado no art. 386 é cabível em **memoriais, apelação, RESE, revisão criminal, ROC, recurso especial** e recurso **extraordinário.**

MUITO CUIDADO!

Tratando-se de **MEMORIAIS** ou **RESE** **no rito do Júri**, o fundamento é o **art. 415 do CPP**, conforme será visto no item 2.2.1.1.3.

a) NOS MEMORIAIS, APELAÇÃO, RESE, ROC, RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - Estar provada a inexistência do fato;

O fato nunca existiu. Ex.: possível vítima de um homicídio que reaparece sem apresentar qualquer dano a sua integridade física (Mirabete, 2012). Portanto, **o fato é atípico**.

***II - Não haver prova** da existência do fato;*

O fato **pode até ter existido**, mas as provas são frágeis, não restando comprovado no processo. Ex.: acusado por estupro ou corrupção de menores, mas não há elementos seguros na prova pericial de que houve a conjunção carnal afirmada pela vítima. =>***Princípio do In dubio pro reo.***

***III - Não constituir** o fato infração penal;*

O fato até ocorreu, mas não é considerado ilícito, ou seja: **é atípico**.

Ex.1: Foi denunciado por não ter pagado uma dívida. No direito braseiro, o fato de não pagar dívida não configura crime, devendo ser discutido no âmbito cível.

Ex.2: Foi denunciado e/ou condenado por furtar um sabonete (lesão insignificativa a bens jurídicos irrelevantes) => ***Princípio da insignificância***. Assunto de suma importância que será estudado mais adiante.

Um exemplo bastante cobrado pela FGV com fundamento nesse inciso é o caso de **crime impossível previsto no art. 17 do CP**,

> ***Art. 17.*** *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

Imagine a situação em que o sujeito está sendo processo porque teria feito anotações falsas (comprovadamente pela perícia) em sua CTPS para tentar obter determinado benefício previdenciário. Entretanto, durante a instrução ficou comprovado que o acusado já fazia jus ao benefício pretendido, pois, de forma legal, já preenchia todos os requisitos exigidos pela lei.

Assim, a conduta do acusado é atípica, visto os meios empregados não seriam capazes de consumar o crime.

IV – Estar provado que o réu não concorreu *para a infração penal;*

Há certeza da NÃO AUTORIA. O crime aconteceu, mas com certeza não foi o réu. Ex.: o acusado estava em outro local no dia da ocorrência do fato.

V – Não existir prova *de ter o réu concorrido para a infração penal;*

O fato até ocorreu, mas HÁ DÚVIDA sobre a autoria. Ex. nenhuma testemunha viu ou a arma do crime não foi encontrada.

VI – Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem *o réu de pena (Arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se* ***houver fundada dúvida*** *sobre sua existência;*

=>Excludente da ilicitude (arts 23, 24, 25 do CP):

- ✓ Estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito – art. 23, III
- ✓ Estado de necessidade – art. 24

- ✓ Legítima defesa – art. 25

=>Excludente de culpabilidade (21, 22, 26, 28 do CP):

- ✓ Erro de proibição – art. 21
- ✓ Coação moral irresistível e obediência hierárquica – art. 22.

FIQUE ATENTO:

Para configurar a **coação moral irresistível** há que existir a presença de três pessoas: o ***coator***, o ***coagido*** e a ***vítima***. Exemplo: "*A*", com um revólver, ameaça matar "*B"* para este que arrombe o carro de "*C*". "*B*" ao arrombar o carro de "*C*", estará praticando uma conduta típica, porém fica excluída a culpa, pois agiu sob coação irresistível por "*A*".

- ✓ Inimputabilidade – art. 26
- ✓ Embriaguez – art. 28, § 1º

=>Outras hipóteses:

- ✓ Retratação – art. 143/CP
- ✓ Favorecimento pessoal – art. 348, 2º/CP
- ✓ Lei de drogas – art. 45
- ✓ Escusas absolutórias – art. 181/CP

Ex. 3: Filho que subtrai dinheiro do pai.

> ***Art. 386****. O* ***juiz absolverá o réu****, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
>
> *VI – existirem circunstâncias que* ***excluam o crime ou isentem o réu de pena*** *(arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;*

O fato aconteceu, porém a vítima era pai do acusado.

Embora o inciso VI do art. 386 seja omisso, ele se aplica também no caso do art. 181, tendo em vista que este dispositivo trata de causa de isenção de pena.

> ***Art. 181.*** *É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*
>
> *I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;*

*II - de **ascendente** ou **descendente**, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.*

***VII – Não existir prova** suficiente para a condenação.*

Ex. Denúncia anônima > *in dubio pro réu*.

ABSOLVIÇÃO *VERSUS* DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA

Nas mesmas condições vistas vista para o art. 397.

b) NA REVISÃO CRIMINAL

No caso de revisão criminal, o pedido de absolvição deve ser ainda **combinado com o art. 626 do CPP**, conforme se verá mais adiante.

2.2.1.1.3 ABSOLVIÇÃO DO ART. 415 - Júri

Tratando-se de crimes dolosos contra a vida o candidato deve ficar atento quanto ao pedido de absolvição. Vejamos.

a) Pedido de absolvição na peça de RESPOSTA À ACUSAÇÃO no Júri – Art. 397

Como vimos, a **primeira hipótese de absolvição** a ser pleiteada é feita na **Resposta à acusação**, com fundamento no **art. 397** do CP.

Mesmo que a infração praticada seja um **crime doloso contra a vida**, o pedido de absolvição deve ser feito com base do art. 397 do CPP. Isto se justifica por não existir artigo de lei que fundamente a absolvição sumária no Rito do Júri para a resposta à acusação. Assim, por analogia, **o pedido de absolvição no júri na peça de RA será o art. 397 do CPP**.

b) Pedido de absolvição nas peças de MEMORIAIS e **RESE no Rito do Júri – Art. 415**

A segunda hipótese de absolvição é feita dos **memoriais** em diante e com fundamento no **art. 386**.

Todavia, em se trata de **crimes cuja competência é do tribunal do júri** (art. 5º, XXXVIII, da CF e art. 74 do CPP (homicídio, infanticídio,

participação em suicídio e aborto)), o fundamento legal para o pedido de absolvição é o **art. 415 do CPP.**

> ***Art. 415***. *O juiz, fundamentadamente,* ***absolverá desde logo o acusado****, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*

I – Provada a inexistência do fato;

=>O crime não ocorreu.

II – Provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

=>O réu não praticou e nem participou do fato.

III – O Fato não constituir infração penal;

=>O fato é atípico. Ex. crime impossível - art. 17 do CP. (Ex.: matou o morto)

IV – Demonstrada causa de isenção de pena(1) ou de exclusão do crime(2).

1) **Isenção de pena** refere-se a *exclusão de culpabilidade.*

São as hipóteses de:

a) erro de proibição (art. 21, caput, CP);

b) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, CP) => inexigibilidade de conduta diversa;

c) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, CP);

d) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP);

e) inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, CP);

f) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

(2) **Exclusão do crime** refere-se a *excludente de ilicitude* (Ex.: arts. 23 e 181 do CP).

ABSOLVIÇÃO DO ART. 415 *VERSUS* DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA

Como já dissemos, **há situações em que realmente não tem como pedir absolvição** em decorrência de estar provado que o acusado praticou o crime, ou porque agiu em legítima defesa ou outra excludente.

Assim, o candidato deve se limitar às preliminares (se houver), à desclassificação da conduta (se for possível) e às teses subsidiárias.

Tratando-se de acusado que foi pronunciado, a desclassificação tem como fundamento o art. 419 do CPP.

> ***CPP: Art. 419.*** *Quando o* ***juiz se convencer****, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento,* ***remeterá os autos ao juiz*** *que o seja. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> ***Art. 74****. ...*
>
> *§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.*

c) Pedido de absolvição na peça de APELAÇÃO no RITO DO JÚRI – Art. 415

No caso de **crime de competência do tribunal do** júri, quem decide se condena ou absolve são os jurados. E como expomos, em decorrência do *principio da soberania do veredicto*, as decisões dos jurados não podem ser reformadas, exceto nas hipóteses previstas no art. 593, III, do CPP:

> ***Art. 593.*** *Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
>
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:*
>
> *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;*
>
> *b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;*
>
> *c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;*
>
> *d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

Portanto, no caso de apelação no júri, **NÃO HÁ possibilidade de se fazer pedido de absolvição**. Devendo ser pedido para que o réu seja deve ser submetido a **novo julgamento** ou para que a **pena seja retificada** (art. 593, § 2º, do CPP), ou ainda que seja o réu **condenado ou pronunciado** (art. 416 do CPP).

NÃO ESQUEÇA! O pedido de **absolvição do art. 415 é usado apenas para a 1ª fase do júri**, não sendo possível quando o acusado já foi condenado pelos jurados (2ª fase).

2.2.2 TESE SUBSIDIÁRIA > DDR BDL.

As TESES SUBSIDIÁRIAS **visam amenizar a situação do acusado** ou, em última hipótese, que pelo menos ele **responda em liberdade**. Logo, trata-se de situação que vai beneficiá-lo, ou seja, totalmente oposto ao RDD, lembra-se dele? **O RDD, Regime Disciplinar Diferenciado**! Aquele regime cruel e desumano em que, se pudesse, o MP colocaria o condenado isolado da sociedade para sempre e sem direito a nada?

Pois bem!

Lembra que falamos no capítulo "**elaborando o rascunho**" que a **primeira palavra que se deve colocada na folha é IPRAFAC**? o DDR BDL será a segunda palavra.

Mas o que é esse RDD BDL?

Para construir as teses subsidiárias o candidato deve se lembrar do oposto do RDD, qual seja: o **DDR,** acrescido de **BDL!!**. Como já dissemos, as três primeiras letras são o contrário de RDD e as outras três (BDL) representam outros **pedidos que JAMAIS devam ser esquecidos de serem feitos**, pois significam pontos preciosos na prova.

Assim, temos:

Desclassificação da conduta = a depender do crime

Dosimetria da pena = arts. 58 e 69, CP

Regime de cumprimento de pena - art. 33, CP

Benefícios penais arts. 44 e 77 do CP e art. 89 da Lei 9.099/95

Dano fixado – Arts. 387, V, CPP

Liberdade - Art. 5º, LVII, CF

2.2.2.1 Desclassificação da conduta

Trata-se de hipótese em que, numa eventual condenação, se pede para o acusado **responder por crime mais brando** do que aquele que lhe

foi imputado na inicial acusatória. **Ex**. Foi denunciado por roubo, mas não houve violência ou grave ameaça ou impossibilidade de resistência na conduta do acusado (art. 157, CP), pede para desclassificar para furto (art. 155, CP).

Feito isso, a pena certamente será reduzida e, consequentemente, o regime de pena será mais brando, já que a pena de furto é menor do que a de roubo.

Na DESCLASSIFICAÇÃO devemos analisar **se é possível livrar o acusado**:

DE	PARA
Crime mais grave	Mais leve. Ex.: de roubo para furto
Crime consumado	Tentado. Ex.: "A" com intenção de matar "B", dispara um tiro contra este. Porém, "A" vem a falecer não em razão do disparo, mas porque havia ingerido veneno minutos antes de ser atingido pelo tiro.
Crime doloso	Culposo. Ex.: foi denunciado por homicídio, mas ficou demonstrado que a **intenção do agente era apenas lesionar** e não causar a morte da vítima, que só ocorreu em decorrência desta ter batido com a cabeça no fio de pedra. Neste caso, pede para o acusado **responder por Lesão corporal seguida de morte**, nos termos do art. 129, § 3°, já que a pena do homicídio é de 6 a 20 anos e a de lesão corporal seguida de morte é de 4 a 12 anos. *Art. 129,* § 3°: *"Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzí-lo".*
Tentativa – art. 15 do CP	Atos preparatórios. CP, Art. 31: *"O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado".*
Desistência voluntária e arrependimento eficaz	Atos já praticados – art. 15 do CP. Ex.: lesão corporal leve.
Concurso de pessoas	Participação de menor importância – art. 29, 29, 1º, do CP.
Tentado ou consumado	Fato atípico. Fincando demonstrado que o fato é atípico, o pedido deve ser de **absolvição** e não desclassificação. Ex.: "A", ao limpar seu revolver este dispara acidentalmente e atinge "B", que é levado ao hospital, mas não sobrevive.

	Realizada a perícia, constata-se que "B" faleceu não em decorrência do disparo, mas porque no instante do disparo sofreu um ataque cardíaco fulminante. Perceba que "A" não tinha intenção matar "B" e que a morte só ocorreu porque "B" teve ataque um cardíaco, ou seja, uma causa superveniente.

ATENÇÃO!

Já falamos, mas vamos repetir. **Caso NÃO tenha como pedir ABSOLVIÇÃO do acusado** por **está provado que ele realmente cometeu o fato**, **a tese de desclassificação da conduta deve ser feita no MÉRITO**.

Se a **desclassificação for para INFRAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE OUTRO JUÍZO** (ex.: de homicídio doloso para culposo), deve-se pedir que o processo seja remetido ao juiz competente.

2.2.2.2 Dosimetria da pena – arts. 59 e 68 do CP

É o momento em que o juiz estabelece a **individualização da pena**, analisando as características pessoais do agente, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena, conforme prevê o art. 59 do CP.

> ***Fixação da pena***
>
> ***Art. 59.*** *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos* ***motivos****, às* ***circunstâncias*** *e* ***consequências do crime****, bem como ao* ***comportamento da vítima****, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:* *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;*
>
> *II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
>
> *III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*
>
> *IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.*

Para saber se é possível reduzir a penal do acusado, deve-se **verificar** se **é viável pedir exclusão de eventuais circunstâncias agravante** (art. 61 do CP); analisar **se existe alguma situação atenuante** do art. 65 do CP (Ex.: na data do fato o agente era menor de 21 ou maior de 70 anos, na data da sentença) etc.

Conforme estabelece o art. 68 do CP, a **dosimetria atende ao sistema trifásico**, ou seja, segue a três fases:

1ª) Fixação da Pena Base => o juiz leva em conta as circunstâncias do art. 59

2ª) Análise das **circunstâncias atenuantes** (art. 65 do CP) e agravantes (arts. 61 e 61 do CP)

3ª) Análise das **causas de diminuição e de aumento** => São encontradas tanto no Código Penal como, por exemplo, no art. 121, § 1º, quanto na legislação extravagante.

O caso apresentado pela banca certamente dirá que o **juiz aplicou alguma agravante do art. 61 do CP** (ex.: reincidência), ou que **não reconheceu alguma atenuante do art. 65 do CP** (ex.: reparado o dano) ou que **aplicou causa de aumento de pena** (ex.: art. 121, § 4º, do CP).

Caso isso tenha ocorrido, **deve-se demonstrar que não há ocorrência de agravante**, **que deve ser reconhecida a atenuante**, **que afaste a causa de aumento de pena** ou **que há hipótese de diminuição de pena** (Ex.: art. 121, § 1º, do CP).

MUITA ATENÇÃO para as súmulas abaixo:

Súmula 241 do STJ: *A **reincidência penal** NÃO pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

Súmula 444 do STJ: *É vedada a utilização de **inquéritos policiais e ações penais em curso** para agravar a pena-base.*

CUIDADO:

Caso o magistrado agrave a pena em decorrência do acusado ser reincidente ou haver inquérito policial ou ação penal em curso contra este, estará caracterizado o *bis in idem*.

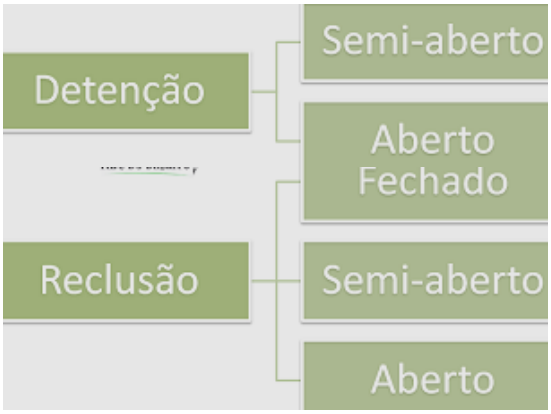
Súmula 545-STJ: *Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.*

2.2.2.3 Regime de cumprimento da pena - art. 33 do CP

No sistema penal brasileiro existem três regimes de cumprimento de pena: 1) **fechado**, 2) **semiaberto** e 3) **aberto**.

Se o crime é punido com **reclusão**, o acusado está sujeito a cumprir a penal em qualquer um dos três.

Se punido com **detenção**, somente o **semiaberto** ou **aberto**.



Portanto, a grande **diferença entre reclusão e detenção** é que no primeiro admite-se a regime inicial fechado, no segundo (detenção), não se admite.

Após requerer a desclassificação da conduta e/ou demonstrar que não há circunstâncias que agravam ou aumentam a pena, esta deve ser reduzida. Logo, o regime de cumprimento de pena será menos gravoso.

Vejamos o que determina o art. 33 do CP.

> ***Art. 33***. *A pena de RECLUSÃO deve ser cumprida em regime* ***fechado, semi-aberto*** *ou* ***aberto****. A de DETENÇÃO, em* ***regime semi-aberto,*** *ou* ***aberto****, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
>
> *§ 1º - Considera-se:*
>
> *a)* ***regime fechado*** *a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
>
> *b)* ***regime semi-aberto*** *a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
>
> *c)* ***regime aberto*** *a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*
>
> *§ 2º - As* ***penas privativas de liberdade*** *deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os*

> *seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a **pena superior a 8 (oito) anos** deverá começar a cumpri-la em **regime FECHADO**;*
>
> *b) o condenado **NÃO REINCIDENTE**, cuja pena seja **superior a 4 (quatro) anos** e **não exceda a 8 (oito)**, poderá, desde o princípio, cumpri-la em **regime SEMI-ABERTO**;*
>
> *c) o condenado **NÃO REINCIDENTE**, cuja pena seja **igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, poderá, desde o início, cumpri-la em regime **ABERTO**.* (v. art. 36 do CP)
>
> *§ 3º - A **determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**.*

Assim, por exemplo, se o juiz aplicou uma pena de 5 anos de prisão e não reconheceu a incidência circunstância atenuante da pena de confissão espontânea do acusado, deve-se pleitear a redução da penal, com fundamento no art.65, II, *d*, do CP e não súmula 545 do STJ. Vejamos:

> ***CP: Art. 65.** São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
>
> *(...)*
>
> *III - ter o agente:*
>
> *(...)*
>
> *d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;*
>
> **Súmula 545 STJ:** *Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.*

Portanto, deve-se pleitear ao julgador para que o acusado cumpra a pena em **regime mais brando**, conforme a pena imposta.

MUITO IMPORTANTE!

Imprescindível ainda a leitura das Súmulas 499, 716, 718 do STF e Súmula Vinculante 26; Súmulas 269, 444 e 471 do STJ.

2.2.2.4 Benefícios penais – arts. 44 e 77 do CP e art. 89 da Lei 9.099/95

Benefícios penais são requisitos estabelecidos pelo legislador, que têm como **objetivo** fazer com que o acusado, que os preenche, não seja levado à prisão.

São **espécies de benefícios penais**:

1) Substituição da pena – art. 44 do CP,

2) Suspensão condicional da pena – art. 77 do CP e

3) Suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei 9.099/95

DICA IMPORTANTE: Estes assuntos são bastante cobrados pela banca. Portanto, **muita atenção neles**.

1) Substituição da pena por restritiva de direito

Conforme prevê o art. 44 do CP, é possível a **substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos** nas seguintes hipóteses:

- ⇨ se o crime praticado **foi sem violência ou grave ameaça** à pessoa a **pena aplicada não for superior a 04 anos**;
- ⇨ **qualquer que seja a pena**, desde que o **crime seja culposo**, ou seja, sem intenção; (aqui não há exigência de outros requisitos, só **não pode ser reincidente**)
- ⇨ o réu **não for reincidente em crime doloso**;

  MUITA ATENÇÃO!!

  Mesmo sendo o acusado reincidente, o juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando o crime praticado seja outro diferente do que gerou a reincidência e, ainda, desde que a medida não cause danos a paz social, conforme prevê o § 3º do art. 44 do CPP.

  Art. 44.

  (...)

  *§ 3º Se o **condenado for reincidente**, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, **a medida seja socialmente recomendável** e a **reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime**.*

- ⇨ Atendidos os requisitos do art. 59 do CP, a **substituição seja suficiente**.

- ⇨ Se a pena for **igual ou inferior a 01 ano,** a substituição pode ser feita por **multa ou por uma pena restritiva de direitos;**
- ⇨ Se a penal for **superior a 01 ano,** a pena privativa de liberdade pode ser **substituída por uma pena restritiva de direitos e multa** ou por **duas restritivas de direitos**.

Preenchido os requisitos do art. 44 do CP, a **pena será restritiva de direito**, ou seja, **não será preso.**

2) Suspensão Condicional do Processo (Sursis Processual) – Art. 89 da Lei 9.099/95

Se a **pena mínima for igual ou inferior a 01 ano e não sendo o acusado reincidente**, **sem maus antecedentes** ou **não responda por outro processo criminal em curso**, deve-se pleitear a SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

> ***Art. 89.*** *Nos crimes em que a* ***pena mínima*** *cominada for* ***igual ou inferior a um ano****, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a* ***suspensão do processo****, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

O **objetivo** da Suspensão Condicional do Processo é a não penalização do infrator que praticou um delito cuja pena mínima não seja igual ou superior a ano e dar celeridade ao processo.

Consigna-se que, embora esteja prevista na Lei 9.099/95, o instituto não se aplica apenas às infrações de menor potencial ofensivo, mas a toda infrações cuja penal mínima seja de até um ano.

Vejamos com exemplo o delito do art. 171 do CP:

> ***Estelionato***
>
> ***Art. 171.*** *Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*
>
> ***Pena*** *- reclusão,* ***de um*** *a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.*

Observe que no crime de estelionato a **pena mínima é de um ano**. Logo, o sujeito que praticou tal infração faz jus à suspensão condicional do processo.

Cumprido o prazo da suspensão, a pena estará extinta e o **beneficiário continua a ser considerado réu primário e possuidor de bons antecedentes**, visto que, por aceitar o a proposta e, consequentemente, cumprir as condições do acordo, não sofre condenação criminal.

MUITO IMPORTANTE

Súmula 715 do STF: *A **pena unificada para atender ao limite de 30 anos** de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, **não é considerada para a concessão de outros benefícios**, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.*

Suspensão Condicional do processo *versus* Transação Penal

A **transação Penal** está prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 e é cabível quando o **crime é de ação penal pública incondicionada** ou **depender de representação**.

Vale ressaltar que na **Suspensão Condicional do Processo** já existe um processo em andamento, enquanto que na **Transação Penal** ainda não houve sequer o oferecimento da denúncia ou queixa e sua aceitação obsta tal oferecimento.

3) Suspensão Condicional da Pena (sursis) – Art. 77 do CP

Digamos que o caso apresentado pela banca deixe claro que a **pena máxima aplicada** ao delito praticado pela acusado **não é superior a dois anos**, neste caso deve-se requerer a **suspensão condicional da pena** – art. 77 do CP.

> ***Art. 77****. A execução da pena privativa de liberdade,* ***não superior a 2 (dois) anos****, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que;*
>
> *I - o condenado* ***não seja reincidente em crime doloso****;*

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as ***circunstâncias autorizem a concessão*** *do benefício;*

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Cita-se como exemplo o crime de Exposição ou Abandono de Recém-nascido, previsto no art. 134 do CP, *in verbis:*

Art. 134*. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:*

Pena *- detenção, de* ***seis meses a dois anos****.*

Perceba que nesse tipo de crime a **pena máxima não passa de dois anos**. Portanto, o acusado faz jus ao benefício da **suspensão condicional da pena**, prevista no art. 77 do CP.

Sursis etário

Acusado maior de 65 anos ou com saúde debilitada

Art. 77 ...

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, ***não superior a quatro anos,*** *poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o* ***condenado seja maior de setenta anos de idade****, ou* ***razões de saúde justifiquem a suspensão****. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

Ressalta-se que, para que o acusado maior de 70 anos ou que tenha saúde debilitada fazer jus ao sursis etário, há que estar presentes também os requisitos do sursis simples (art. 77, I, II e II).

2.2.2.5 Dano fixado em valor mínimo

Pode ocorrer que o juiz, ao aplicar a pena, entenda em fixar o valor máximo permitido por lei para reparar os danos causados à vítima em razão do crime.

Assim, deve-se pleitear que, caso seja fixado valor para a reparação do dano e que esse valor seja fixado no mínimo possível – art. 387, IV, do CPP.

Art. 387. *O juiz, ao proferir sentença condenatória:*

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

=> Pouco valorado pela banca, mas não custa nada pedir.

2.2.2.6 Liberdade – direito de recorrer em liberdade – Art. 5º, LVII, da CF

Pelo **princípio da presunção de inocência** "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" (art. 5º, LVII, da CF).

Com base nesse princípio, deve-se **requerer que seja concedido ao acusado o direito de responder o processo em liberdade**, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Art. 5º

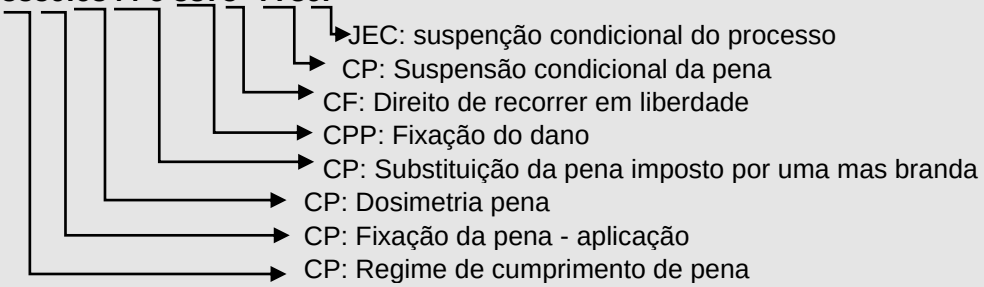
(...)

*LVII - ninguém será considerado culpado **até o transito em julgado** da sentença penal condenatória.*

=>Embora seja um princípio de significativa importância, nas teses subsidiárias a banca não tem valorado muito. Mas... "quod abundate non nocet".

DICA PARA MOMORIZAR OS ARTIGOS REFERETES ÀS TESES:

Na vida prática quando se vai defender um cliente, precisamos do seu contato. Assim, para facilitar a memorização dos artigos citados, imagine que os mesmos são os números de telefones do seu cliente: **3359.6844 e 3875º 7789.**



Esses são os artigos das teses subsidiárias que o candidato não pode esquecer jamais.

3. DICAS SOBRE O USO DAS TESES

ATENÇÃO!

Adverte-se que, dependendo da peça, pode se arguir todos os pedidos subsidiários ou mesmo nenhum deles, vai depender do caso concreto apresentado pela banca.

CUIDADO!*!*

Cada peça tem suas peculiaridades. Assim, por exemplo, o **DDRDBL dificilmente será usado antes da fase processual, nem na RESPOSTA À ACUSAÇÃO, mas somente nas peças da fase processual,** ou seja, dos MEMORIAIS em diante, isto porque ainda **não houve qualquer sanção penal aplicada pelo juiz**.

Embora alguns doutrinadores entendam que, pelo **principio da eventualidade**, é possível na RA alegar as teses subsidiárias, até porque o candidato não vai perder ponto se fizer isso, entendemos que não seja o momento oportuno para tais pedidos. MAS... no prova da OAB é recomendável pedir tudo.

NÃO ESQUEÇA!

As TESES **são colocadas na peça no tópico "DO DIREITO**", conforme analisado no capítulo "APRENDENDO A ELABORAR A PEÇA".

4. CASO PRÁTICO SOBRE DDRBDL

Vejamos um caso prático em que se deve adotar o DDR BDL, além de outras teses?

(XIII Exame de Ordem Unificado/FVG/2014) *Diogo está sendo regularmente processado pela prática dos* ***crimes de violação de domicílio*** *(artigo 150, do CP)* ***em concurso material com o crime de furto qualificado pela escalada*** *(artigo 155, § 4º, II, do CP). Isso porque, segundo narrou a inicial acusatória, no dia 10/11/2012 (sábado), Diogo pulou o muro de cerca de três metros que guarnecia a casa da vítima e, então, após ingressar clandestinamente na residência, subtraiu diversos pertences e valores, a saber: três anéis de ouro, dois relógios de ouro, dois aparelhos de telefone celular, um notebook e quinhentos reais em espécie, totalizando R$9.000,00 (nove mil reais).*

Na audiência de instrução e julgamento, realizada em 29/08/2013 (quinta-feira), foram ouvidas duas testemunhas de acusação que, cada uma a seu turno, disseram ter visto Diogo pular o muro da residência da vítima e dali sair, cerca de vinte minutos após, levando uma mochila cheia. A defesa, por sua vez, não apresentou testemunhas. Também na audiência de instrução e julgamento foi exibido um DVD contendo as imagens gravadas pelas câmeras de segurança presentes na casa da vítima, sendo certo que à defesa foi assegurado o acesso ao conteúdo do DVD, mas essa se manifestou no sentido de que nada havia a impugnar.

Nas imagens exibidas em audiência ficou constatado (dada a nitidez das mesmas) que fora Diogo quem realmente pulou o muro da residência e realizou a subtração dos bens. Em seu interrogatório o réu exerceu o direito ao silêncio.

Em alegações finais orais, o Ministério Público exibiu cópia de sentença prolatada cerca de uma semana antes (ainda sem trânsito em julgado definitivo, portanto), onde se condenou o réu pela prática, em 25/12/2012 (terça- feira), do crime de estelionato. A defesa, em alegações finais, limitou-se a falar do princípio do estado de inocência, bem como que eventual silêncio do réu não poderia importar-lhe em prejuízo. O Juiz, então, proferiu sentença em audiência condenando Diogo pela prática do crime de violação de domicílio em concurso material com o crime de furto qualificado pela escalada. Para a **dosimetria da pena** o magistrado *ponderou o fato de que nenhum dos bens subtraídos fora recuperado. Além disso,* **fez incidir a circunstância agravante da reincidência**, *pois considerou que a* **condenação de Diogo pelo crime de estelionato o faria reincidente**. *O total da condenação foi de 4 anos e 40 dias de reclusão em regime inicial semi-aberto e multa à proporção de um trigésimo do salário mínimo. Por fim, o* ***magistrado, na sentença, deixou claro que Diogo não fazia jus a nenhum outro benefício legal****, haja vista o fato de não preencher os requisitos para tanto. A sentença foi lida em audiência.*

O advogado(a) de Diogo, atento(a) tão somente às informações descritas no texto, deve apresentar o recurso cabível à impugnação da decisão, respeitando as formalidades legais e desenvolvendo, de maneira fundamentada, as teses defensivas pertinentes. O recurso deve ser datado com o último dia cabível para a interposição.

Resolvendo a questão.

Gabarito Comentado FGV

O examinando deverá elaborar um **recurso de apelação**, com fundamento no artigo 593, I, do CPP, apenas.

A **petição de interposição** deverá ser endereçada ao **Juiz da Vara Criminal**.

As **razões do recurso** deverão ser endereçadas ao **Tribunal de Justiça**.

No mérito, o examinando deve alegar que:

(i) O **crime de violação de domicílio deve ser absorvido pelo delito de furto qualificado**, pois configurou um crime-meio, essencial à execução do crime-fim, que era o furto qualificado. Assim, deve ser excluída a condenação pelo delito de violação de domicílio, restando, apenas, o delito de furto qualificado;

ii) **Não há que se falar em reincidência**, nos termos do artigo 63 do CP. Note-se que o delito em análise não foi praticado após o trânsito em julgado de condenação anterior. Uma simples sentença condenatória não tem o condão de gerar reincidência;

(iii) Levando em conta o afastamento do delito de violação de domicílio, bem como o **afastamento da circunstância agravante da reincidência**, o réu fará jus à **diminuição da pena** e consequente **modificação de seu regime de cumprimento**, passando do semi-aberto para o aberto, nos termos do artigo 33, §2º, c, do CP;

(iv) Levando em conta o **afastamento da reincidência**, verifica-se que o **réu faz jus à substituição da pena** privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do CP.

Ao final, o examinando deverá elaborar os seguintes pedidos:

(i) Absolvição do crime de violação de domicílio;

(ii) Afastamento da circunstância agravante da reincidência;

(iii) Consequente diminuição da pena;

(iv) Consequente fixação do regime aberto para cumprimento de pena;

(v) Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.
(Os grifos são nossos)

OBSERVAÇÕES SOBRE O CASO PRÁTICO APRESENTADO

Quanto ao **crime de violação de domicílio ser absorvido pelo delito de furto qualificado**, trata-se do **PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO**[35] (ou da **absorção)**, que deve ser aplicado nos casos em que há uma **sucessão de condutas** com existência de um nexo de dependência.

[35] **Princípio da consunção:** Significa consumir, absorver. Um fato mais grave absorve o menos grave. Ex.: homicídio absorve as lesões graves, que absorve as leões leves, que absorve as vias de fato.

De acordo com esse princípio, **o crime fim absorve o crime meio**. Ex.: O indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato. Este só responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento. Esse entendimento já está pacificado conforme se depreende da súmula 17 do STJ, *"Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".*

Outro exemplo: *O indivíduo que usa arma de fogo para assassinar outra pessoa. Este responderá apenas pelo homicídio, e não pelo crime de porte ilegal de arma de fogo*.

Trata-se de um dos **critérios utilizados para solução dos CONFLITOS APARENTES DE NORMAS PENAIS**, cuja finalidade é afastar a dupla incriminação ("bis in idem") de uma mesma conduta.[36]

[36] http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_consun%C3%A7%C3%A3º

CAPÍTULO 4

APRENDENDO A ELABORAR A PEÇA

Vimos que não é difícil **identificar a peça** e que, para construí-la, o primeiro passo é **elaborar o rascunho**, assunto que também já foi visto. Também aprendemos a **construir as teses**. Agora vamos aprender a **elaborar a peça**.

No Direito Penal uma *petição* ou recurso, em regra, é constituída pelos seguintes elementos:

1) endereçamento (competência)

2) número do processo

3) preâmbulo (qualificação das partes)

4) nome da peça e fundamentação legal

5) dos fatos (o que aconteceu)

6) do direito (fundamentos jurídicos)

7) do pedido (resumo das pretensões desejadas pelo autor)

8) fechamento (encerramento da peça)

PARA NÃO ESQUECER:

Na hipótese de, se **na hora da prova, não lembrar da estrutura de uma peça, vai a dica: o novo CPC**, em seu art. 319 preceitua que:

> *A petição inicial indicará:*
>
> *I - o **juízo** a que é dirigida;* **(Competência)**
>
> *II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;* **(Preâmbulo)**
>
> *III - o **fato** e os **fundamentos** jurídicos do pedido;*

*IV - o **pedido** com as suas especificações;*

V - o valor da causa; **(em regra não se aplica ao direito penal)**

*VI - as **provas** com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;* **(nas peças de fase de inquérito e Revisão Criminal)**

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. **(não se aplica ao direito penal)**

Vamos analisar cada um desses elementos, tendo por base um caso prático. Vejamos:

***Antenor** está sendo processado segundo denúncia que lhe imputa violação do art. 121, parágrafo 2º, inciso III, 1ª parte combinado com o art.14, II do Código Penal, porque, teria tentado matar **Brook**, mediante aplicação de injeção venenosa. O laudo do Instituto Médico Legal é taxativo, concluindo que a substância ministrada não tinha potencialidade lesiva; ou seja, era inócua. Iniciada a **audiência de instrução e julgamento**, Antenor foi o primeiro a ser ouvido, e confessou a prática do crime. Deve-se ressaltar que Antenor tem emprego, residência fixa e bons antecedentes.*

*O Ministério Público apresentou **memoriais**, postulando a pronúncia de Antenor, nos termos da denúncia.*

QUESTÃO: Como advogado de Antenor, pratique o ato processual adequado ao rito processual. (OAB/SP/106º exame - adaptada)

1) ENDEREÇAMENTO/COMPETÊNCIA

Juízo competente a quem será endereçada a peça, ou seja, a autoridade que vai receber e analisar o pedido.

Note que, no caso prático apresentado acima, o enunciado não diz quem foi o juiz que julgou o feito. Assim, como não sabemos a quem direcionar a peça, devemos colocar *...* (*três pontinhos*)

Exemplo:

*EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA **VARA DO JÚRI** DA COMARCA DE**...***

Observe que no endereçamento houve uma **forma de tratamento** (Excelentíssimo Senhor), uma **autoridade** a quem foi direcionada (Doutor Juiz de Direito) e uma **localidade** (Comarca de ...)

ATENÇÃO! O caso prático apresentado refere-se a **crime contra a vida** e, portanto, a peça deve ser direcionada ao **juiz da vara do júri.**

E SE A PEÇA FOR RECURSOS?

Se a peça for um recurso (que é feito em duas partes), o endereço apresentado acima será para a **petição de interposição** (ou juntada) e deve ser direcionada ao juiz. Já a 2ª parte da peça (**razões recursais)**, deve ser direcionada ao Egrégio Tribunal, conforme modelo abaixo.

RAZÕES DE RECURSO

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de ...

Processo 1º ...

Recorrente: ...

Recorrido: ... Justiça Pública. (Regra)

Exceção: *"Assistente"* na ação penal privada.

Colendo Tribunal ... (indicar qual)

Egrégia Turma

Doutos Julgadores

2) NÚMERO DO PROCESSO (AÇÃO OU AUTOS)

Sempre que já existir uma ação penal, existe um número de processo (ou de inquérito)

Exemplo:

Processo n. ... (Coloque o número do processo ou ...)

ATENÇÃO! Se for **peça da fase de inquérito**, não existe este tópico.

3) PREÂMBULO (ou introdução)

Tem como objetivo **identificar as partes envolvidas** no processo.

A regra é que devemos colocar o nome das partes, ou seja, do ***acusado(postulante)*** (via de regra, o enunciado do problema informa quem é); do ***acusador*** (em regra é o MP, ou seja, a **justiça pública**) e do ***defensor*** (Regra: advogado, no caso, o candidato) e qualificá-las.

Ocorre que, já **existindo um processo, não há necessidade da qualificação**, mas apenas fazer referência.

Exemplo:

> ***Antenor**, já devidamente qualificado no processo em epigrafe, que lhe move a justiça pública, por seu advogado que esta subscreve (procuração anexa), não se conformando com a respeitável decisão de folhas ... vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência,* ***apresentar***

ATENÇÃO!

Tratando-se de **peça da fase pré-processual** (Ex.: queixa-crime), podemos iniciar a redação nos seguintes termos:

"A"**, nacionalidade, estado civil, profissão, Identidade n°..., inscrito no CPF sob o n° ..., residente e domiciliado na Rua ... Bairro..., Cidade e Estado..., vem, respeitosamente, por intermédio de seu advogado infra assinado(procuração anexa),* ***oferecer *contra nome* ***...**, nacionalidade, estado civil, profissão, Identidade n°..., inscrito no CPF sob o n° ..., residente e domiciliado na Rua ... Bairro... Cidade e Estado.*

CUIDADO** com o **VERBO!

Nas **peças de recursos** deve-se usar "**Interpor**" (Ex.: apelação). Já nas **peças de defesa** usa-se "**Oferecer**" (Ex.: queixa crime), "**Apresentar"** (Ex.: resposta à acusação e memoriais) e nas de **requerimento**, "**Requerer**" (Ex.: liberdade provisória).

4) NOME DA PEÇA E FUNDAMENTO LEGAL

Nesta parte deve-se colocar o nome da peça (de preferência em uma linha separada e no centro da página) e seu fundamento legal.

Considerando a situação hipotética apresentada, o problema deixa claro que, além de já ter ocorrida a audiência de instrução e julgamento, o MP apresentou memoriais, subtendendo que a defesa de *Antenor* apresentou Resposta à Acusação. Logo a peça a ser elaborada será Memoriais.

Exemplo:

> ***MEMORIAIS,***
>
> *com fulcro no art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.*

5) DOS FATOS

É a narrativa dos acontecimentos. No caso da prova da OAB, deve-se fazer apenas um breve resumo, destacando aqueles pontos mais importantes do enunciado apresentado pela banca.

Pode se iniciar da seguinte forma:

> *Consta nos autos que o acusado teria supostamente* tentado matar a vítima usando uma substância venenosa, razão pela qual está sendo processado. Entretanto, o laudo pericial constatou que a substância não tinha nenhuma potencialidade lesiva.*

*Procure sempre usar essa palavra, ela dá a ideia de dúvida e, na dúvida, *a favor do réu*.

ATENÇÃO! Não se dever perder muito tempo na narração dos fatos, pois quase não é valorado pela banca.

6) DO DIREITO

Trata-se da parte mais importante da peça. É nesse tópico que se deve colocar de forma organizada as **teses encontradas** no problema.

Diferentemente da vida prática, para a prova da OAB deve-se iniciar com as **teses preliminares**, passando para as **de mérito** e, por fim, as **teses subsidiárias**.

Para que se construir teses com argumentação lógica e coerente, deve-se pautar em um **modelo lógico**, composto por 4 partes:

Introdução,

Premissa maior,

Premissa menor e

Conclusão.

a) Introdução

Trata-se da parte inicial na qual se apresenta a tese que irá ser desenvolvida.

Exemplo de tese preliminar:

Procure iniciar sua redação com essa palavra.

Preliminarmente *registra-se que a amputação feita ao acusado não merece prosperar, devendo-se declarar a nulidade do feito em decorrência da não obediência ao que determina a art. 400 do CPP, in verbis:*

Art. 400*. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias,* ***proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido****, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se,* ***em seguida, o acusado****.* (grifamos)

Ressalta-se que no presente caso, houve a inversão do ato, tendo ocorrido, primeiramente, o interrogatório do acusado, e só após foi ouvida a vítima, quando por expressa previsão legal, deve ser ouvida primeiro a vítima e por último o acusado. Portanto, caracterizado está a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

b) Premissa maior

Trata-se do próprio direito e a respectiva fundamentação legal do pedido.

Exemplo:

Conforme se extrai da redação do referido dispositivo processual penal(Art. 400) e por expressa previsão legal do art. 564, IV, do CPP, a audiência de instrução e julgamento deverá ser anulada, devendo ser novamente realizada.

Art. 564*. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

> *Ouvir primeiramente o acusado não só contraria o art. 564 do CPP, como também fere o princípio do contraditório e da ampla defesa.*

Atenção na DICA:

Em regra, não há necessidade de se transcrever os dispositivos, basta fazer referências. Fizemos isso com o objetivo de uma melhor compreensão do assunto.

c) Premissa menor

Trata-se da justificativa dos fatos apresentados no problema e, portanto, devemos demonstrar que eles são perfeitamente amparados pelo direito.

Exemplo:

> *Portanto, como se observa, a respeitável sentença não atende aos ditames legais, devendo ser declarada nula.*

d) Conclusão

É a demonstração de que o fato se ajusta perfeitamente ao direito, devendo ser procedente a ação; ou que é contrário à lei, devendo, portanto ser julgada improcedente.

Exemplo:

> *Logo, não resta alternativa senão que o MM juiz anule o feito e determine a realização de nova audiência.*

Nos exemplos acima apresentados, trabalhamos com a **tese preliminar**, porém, pode ser usado tanto para estas, como para as teses de mérito e subsidiárias.

Entretanto, se **não existir nenhuma preliminar** a ser arguida, pode-se iniciar a redação da peça nos seguintes termos:

> ***Em primeiro momento é oportuno registrar*** *que o acusado deve ser absolvido, pois se trata de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material, conforme previsão do art. 17 do Código Penal brasileiro.*
>
> ***Art. 17****. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

O crime impossível leva a absolvição por atipicidade da conduta, nos termos do Art. 386, III, do CPP.

ATENÇÃO NA DICA: Usa-se a mesma sequência para as demais teses.

MODELO DE TESE DE MÉRITO

Introdução

Caso Vossa Excelência entenda em não acolher a(s) preliminar(es), arguida(s), requer-se seja apreciada a matéria de mérito.

Premissa maior

Conforme se extrai da peça acusatória, o exame feito laudo do Instituto Médico Legal concluiu que a substância ministrada não tinha potencialidade lesiva, ou seja, era incapaz de causar qualquer lesão à vítima.

O Código Penal brasileiro em seu art. 17 tipifica que "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime".

Premissa menor

No presente caso, percebe-se que os meios empregados (uso de substância inócua) não são suficientes para causar a morte da vítima, tratando-se de crime impossível, nos termos do art. 17 do CP. Caracterizando a atipicidade da conduta.

O Código de Processo penal, com redação dada pela Lei 11.689/2008, estatui o seguinte:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

(...)

III – o fato não constituir infração penal;

Conclusão

> *Portanto, Vossa Excelência, está caracterizado que o fato praticado pelo acusado trata-se de crime impossível, não restando alternativa, se não sua absolvição.*

7) DOS PEDIDOS

É aquilo que se deseja almejar, alcançar.

No tópico "dos pedidos", deve-se colocar um **resumo de todas as teses construídas**.

Exemplo:

> *Diante do exposto, requer:*
>
> *a) Em sede de **preliminar**, que Vossa Excelência reconheça a nulidade do processo desde o interrogatório, com fulcro no art. 564, IV, do Código de Processo Penal,*
>
> *b) Caso Vossa Excelência rejeite preliminar arguida, que **no mérito** absolva o acusado, com fundamento no art.17 do Código Penal e Art. 514, III, do CPP.*

TESES SUBSIDIÁRIAS

Observa-se que na situação hipotética apresentada não há **teses subsidiárias** a serem arguidas.

Caso existisse, poderia se concluir o pedido da seguinte forma:

> *c) na remota hipótese de Vossa Excelência entender não ser caso de absolvição, **subsidiariamente** pleiteia ...* (Desenvolver as teses conforme caso apresentado pela banca)

8) FECHAMENTO

É a finalização da peça.

Modelo:

> *Nestes termos,*
>
> *Pede deferimento*
>
> *Local...*

Data... n. OAB...

Assinatura do advogado (não coloque nome)

CUIDADO: não assina a peça e nem coloque seu nome. Só coloque a data se a banca deixar bem claro que o candidato deve datar a peça

COMO DEVE FICAR A PEÇA

1) ENDEREÇAMENTO

*EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA **VARA DO JÚRI** DA COMARCA DE**...***

2) NÚMERO DO PROCESSO

... (Se o caso apresentado pela banca não fizer referência a nenhum número, coloque 3 pontinhos. Caso faça, coloque o respectivo número).

3) PREÂMBULO

Antenor**, já devidamente qualificado no processo em epigrafe, que lhe move a justiça pública, por seu advogado que esta subscreve (procuração anexa), não se conformando com a respeitável decisão de folhas ... vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, **apresentar

Atenção no verbo.

4) NOME DA PEÇA E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

***MEMORIAIS**,*

com fulcro no art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

5) DOS FATOS

Consta nos autos que o acusado teria tentado matar a vítima usando uma substância venenosa. Entretanto, o laudo pericial constatou que a substância não tinha nenhuma potencialidade lesiva.

6) DO DIREITO

PRELIMINAR

Preliminarmente *registra-se que a amputação feita ao acusado não merece prosperar, devendo-se declarar a nulidade do feito em decorrência da não obediência ao que determina a art. 400 do CPP, in verbis:*

Art. 400*. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias,* ***proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido****, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se,* ***em seguida, o acusado****. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).* (grifamos)

Ressalta-se que no presente caso, houve a inversão do ato, tendo ocorrido, primeiramente, o interrogatório do acusado, e só após foi ouvida a vítima, quando por expressa previsão legal, deve ser ouvida primeiro a vítima e por último o acusado. Portanto, caracterizado está a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Conforme se extrai da redação do referido dispositivo processual penal e por expressa previsão legal do art. 564, IV, do CPP, a audiência de instrução e julgamento deverá ser anulada, devendo ser novamente realizada.

Art. 564*. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Portanto, como se observa, a respeitável sentença não atende aos ditames legais, devendo ser declarada nula.

Logo, não resta alternativa senão que o MM juiz anule o feito e determine a realização de nova audiência, reconhecendo a nulidade do feito e determine realização de nova audiência.

MÉRITO

Caso Vossa Excelência entenda em não acolher a(s) preliminar(es), arguida(s), requer-se seja apreciada a matéria de mérito.

Conforme se extrai da peça acusatória, o exame feito laudo do Instituto Médico Legal concluiu que a substância ministrada não tinha

potencialidade lesiva, ou seja, era incapaz de causar qualquer lesão à vítima.

O Código Penal brasileiro em seu art. 17 tipifica que "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime".

No presente caso, percebe-se que os meios empregados (uso de substância inócua) não são suficientes para causar a morte da vítima, tratando-se de crime impossível, nos termos do art. 17 do CP. Caracterizando a atipicidade da conduta.

O Código de Processo penal, com redação dada pela Lei 11.689/2008, estatui o seguinte:

***Art. 415**. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:*

(...)

III – o fato não constituir infração penal;

Portanto, Vossa Excelência, está caracterizado que o fato praticado pelo acusado trata-se de crime impossível, não restando alternativa, se não sua absolvição.

7) DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

*a) Em sede de **preliminar**, que Vossa Excelência reconheça a nulidade do processo desde o interrogatório, com fulcro no art. 564, IV, do Código de Processo Penal,*

*b) Caso Vossa Excelência rejeite preliminar arguida, que **no mérito** absolva o acusado, com fundamento no art.17 do Código Penal e Art. 514, III, do CPP.*

8) FECHAMENTO

Nestes termos,

Pede deferimento

Local... data... n. OAB...

Assinatura do advogado

ALGUMAS PECULIARIDADES SOBRE A ELABORAÇÃO DA PEÇA

RECOMENDAÇÕES GERAIS

Não há necessidade de se transcrever os **textos das normas**, basta dizer (escrever) o(s) número(s), qual artigo e fazer um breve resumo.

Se o enunciado não fizer referência a qualquer espécie de "**local**", devemos colocar apenas "*LOCAL*...." (três pontinhos).

Quanto à "***data***", essa sempre conta ponto e, portanto, deve-se ficar muito atento, pois devemos colocá-la conforme pede o enunciado.

Já o "***nome do advogado***" e "***número da OAB***", **JAMAIS** se deve colocar qualquer nome ou escrever número, ou seja: deve-se escrever apenas "*Advogado ...., OAB ...*", pois se colocar algum nome, exemplo JOSÉ, escrever algum número, exemplo 1234, **a prova pode ser ANULADA** e o candidato(a) reprovado(a).

PEÇAS DE RECURSOS:

Como já dissemos, diferentemente das **peças de defesa** (resposta à acusação, memoriais etc), as **peças de recursos** são feitas em duas partes:

1ª peça (interposição) para o juiz do feito. Ex.: Juiz 1º grau; juiz dos juizados especiais criminais.

2ª peça (razões) órgão superior. Ex.: Tribunal de Justiça; Turma Recursal etc.

CUIDADO com a *EXCEÇÃO:*

O **embargo de declaração (ED)**, embora sejam um tipo de recurso, deve ser feito em **peça única,** direcionada ao juízo que apreciou o feito. Tal recurso dificilmente será cobrado na peça. Já nas questões dissertavas tem sendo objeto de avaliação.

Nas **peças de recursos**, por ser uma peça em que se pede, via de regra, a **reforma da sentença**, pode-se iniciar a redação nos seguintes termos:

> *Em que pese a respeitável sentença proferida por vossa excelência, a mesma não merece prosperar, pois se encontra em desacordo com o direito.*
>
> *Registra-se inicialmente que ....*

Também se deve observar que após a "*qualificação das partes*" e antes do "*nome da peça e sua fundamentação*", deve-se **sempre colocar "*RECEBIDO e PROCESSADO"***. Vejamos:

> *Requer seja **RECEBIDO e PROCESSADO** o presente recurso, e, caso Vossa Excelência mantenha a respeitável sentença de pronúncia, seja encaminhado ao Egrégio Tribunal de Justiça.*

E no **fechamento**, antes de "*Termos em que Pede Deferimento*", deve-se assim concluir:

> *Ante o exposto, requer **seja CONHECIDO e PROVIDO** o presente recurso para que ...*

CAPÍTULO 5

RESOLVENDO PROBLEMAS E CONSTRUINDO TESES DEFENSIVAS

Estudamos de forma resumida as peças mais prováveis de serem cobrada pela FGV. Aprendemos a elaborar o rascunho, identificar a peça e construir as teses. Agora, levando em consideração o que foi visto, vamos treinar resolvendo casos práticos.

1. FASE PRÉ-PROCESSUAL OU DE INQUÉRITO

REPRESENTAÇÃO

01. *MARIA teve o computador furtado por seu irmão, JOSÉ, e deseja que a autoridade policial tome as devidas providências. Como advogado de Maria, tome as providências necessárias para que o irmão de Maria seja processado.*

Resolvendo:

JOSÉ cometeu crime de furto (art. 157 do CP). Porém, Maria, para ver ser irmão processado, precisa fazer uma representação contra ele.

Em primeiro momento, o candidato poderia questionar: **o crime de furto não é de ação penal pública incondicionada**? Sim! Todavia, o Código Penal traz algumas exceções. Vejamos:

> ***Art. 182****. Somente se* ***procede mediante representação****, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:*
>
> *I - do* ***cônjuge*** *desquitado ou judicialmente separado;*
>
> *II - de* ***IRMÃO****, legítimo ou ilegítimo;*
>
> *III - de tio ou* ***sobrinho****, com quem o agente coabita.*

CUIDADO!!

> ***Art. 183.*** *Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:*

*I - se o crime é de **roubo** ou de **extorsão**, ou, em geral, quando haja **emprego de grave ameaça ou violência** à pessoa;*

II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Portanto, no caso em tela, há a necessidade de representação.

Observe, porém, que se o crime fosse de **roubo** ou **extorsão** ou tivesse havido **emprego de violência** ou **grave ameaça**, ou **praticado contra pessoal com idade acima de 60 anos**, não haveria necessidade da representação, pois nessas condições a ação penal será **pública incondicionada**.

ISENÇÃO DE PENA - ***MUITA ATENÇÃO!***

***Art. 181. É isento de pena** quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*

*I - do **cônjuge**, na constância da sociedade conjugal;*

*II - de **ascendente ou descendente**, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural*. (grifamos)

Sendo a **vítima irmão do acusado**, não se aplica a imunidade constante do art. 181, inciso II, porquanto esta só se refere a cônjuge e ascendente ou descendente.[37]

Portanto, JOSÉ não está isento da pena.

Sempre que a banca trouxer uma situação que faz referência à parentesco, pode ser uma caso de isenção de pena.

***02. (Delegado–PC-AP/FGV-2010)** ROSA MARGARIDA é uma conhecida escritora de livros de autoajuda, consolidada no mercado já há mais de 20 anos, com vendas que alcançam vários milhares de reais. Há cerca de dois meses, ROSA MARGARIDA descobriu a existência de um sistema que oferece ao público, mediante fibra ótica, a possibilidade do usuário realizar a seleção de uma obra sobre a qual recaem seus (de Rosa Margarida) direitos de autor, para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda. O sistema*

[37] (TJMG: 3078388 - Relator(a): ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO – Data do Julgamento: 03/08/2000).

também indica um telefone de contato caso o usuário tenha problemas na execução do sistema. O marido de ROSA MARGARIDA, LÍRIO CRAVO instala no telefone um identificador de chamadas e descobre o número do autor do sistema que permitia a violação dos direitos autorais de Rosa Maria. De posse dessa informação, LÍRIO CRAVO vai à Delegacia de Polícia registrar a ocorrência de suposta prática do crime previsto no art. 184, §3º, do Código Penal (violação de direitos autorais). O Delegado instaura inquérito e de fato consegue identificar o autor do crime. Considerando a narrativa acima, assinale a alternativa correta.

c) O Delegado agiu incorretamente. A instauração do inquérito nesse caso depende de representação da ofendida, não podendo ser suprida por requerimento de seu marido.

Resolvendo:

O crime de Violação de direito autoral do § 3º do art. 184, por expressa previsão legal do art. 186, IV (ambos do CP) *se procede mediante representação*, ou seja, é de ação penal pública condicionada à representação.

No presente caso, a autoridade policial só poderia instaurar o inquérito policial se houvesse representação da ofendida. O marido da Margarida até poderia fazer a representação, desde que munido de poderes especiais para ato, o que não foi o caso. Logo o Delegado agiu incorretamente.

QUEIXA-CRIME

01. *(OAB/SP 117 - Adaptado) No dia 1º de julho de 2008, por volta das 12 horas, na confluência das ruas Maria Paula e Genebra, Maria da Luz teve seu relógio subtraído por João da Paz, que se utilizou de violência e grave ameaça, exercida com uma faca. Descoberta a autoria e formalizado o inquérito policial com prova robusta de materialidade e autoria, os autos permanecem com o Ministério Público há mais de trinta dias, sem qualquer manifestação.*

QUESTÃO: Como advogado de Maria da Luz, atue em prol da constituinte.

Resolvendo:

Observa-se inicialmente que se trata de crime de **roubo** (art.157 do CP), cuja **ação penal é pública incondicionada**. Também se desprende da leitura do enunciado que foi descoberta a autoria e concluído o inquérito policial e que o MP está em poder dos autos e ainda não ofereceu a denúncia.

O CPP, em seu art. 46 dispõe que:

> *Art. 46. O **prazo para oferecimento da denúncia**, estando o RÉU PRESO, SERÁ DE 5 DIAS, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 DIAS, SE O RÉU ESTIVER SOLTO OU AFIANÇADO. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.*

Como o MP permaneceu inerte, cabe à vítima promover a respectiva **ação penal privada subsidiária da pública**, por meio da queixa-crime, nos termos art. 29 do CPP e do § 3º do art. 100 do CP c/c art. 5º, inciso LIX, da CF.

> ***CP, Art. 100**, § 3º: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*
>
> ***CF, art. 5º**, LIX: será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*

Logo, deve-se oferecer queixa-crime com fundamento no art. 29 do CPP e do § 3º do art. 100 do CP c/c art. 5º, inciso LIX, da CF, em virtude da inércia do MP.

A peça deve ser endereçada ao juiz da Vara Criminal.

***02.** (OAB/SP 131 - Adaptado) Maria, alta funcionária da empresa "ATR", no Centro de São Paulo, Capital, recebe normalmente cantadas de seu superior hierárquico, João. Temendo por seu emprego, Maria nunca efetuou nenhuma reclamação. Em 20.04.08, contudo, João, prevalecendo-se de sua condição na empresa, chama Maria em sua sala. Quando ela na sala ingressa, João tranca a porta, exigindo favores sexuais. Visivelmente alterado, João grita com Maria, dizendo que se ela não concordasse com o ato sexual, ele iria demiti-la. Outros funcionários, escutando os gritos de Maria, vão, imediatamente, em seu socorro, abrindo a sala de João com a chave mestra, encontrando Maria aos prantos. João, nesse momento, sai rapidamente da sala. No dia seguinte, pede desculpas a Maria, dizendo haver bebido demais na véspera, e que tudo não teria passado de um mal entendido. Maria, revoltada, diz que vai procurar os seus direitos.*

QUESTÃO: Como advogado de Maria, redija a peça mais adequada para fazer valerem os direitos de sua cliente.

Resolvendo:

Conforme visto acima.

RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

01. *(UnB / CESPE – OAB –2006.3) Maria José, indiciada por tráfico de drogas, apontou, em seu interrogatório extrajudicial, realizado em 3/11/2006, Thiago, seu ex-namorado, brasileiro, solteiro, bancário, residente na rua Machado de Assis, n.º 167, no Rio de Janeiro–RJ, como a pessoa que lhe fornecia entorpecentes.*

No dia 4/11/2006, cientes da assertiva de Maria José, policiais foram ao local em que Thiago trabalhava e o prenderam, por suposta prática do crime de tráfico de drogas. Nessa oportunidade, não foi encontrado com Thiago qualquer objeto ou substância que o ligasse ao tráfico de entorpecentes, mas a autoridade policial entendeu que, na hipótese, haveria flagrante impróprio, ou quase-flagrante, porquanto se tratava de crime permanente. Apresentado à autoridade competente, Thiago afirmou que nunca teve qualquer envolvimento com drogas e muito menos passagem pela polícia. Disse, ainda, que sempre trabalhou em toda a sua vida, apresentou a sua carteira de trabalho e declarou possuir residência fixa. Mesmo assim, lavrou-se o auto de prisão em flagrante, sendo dada a Thiago a nota de culpa, e, em seguida, fizeram-se as comunicações de praxe.

Com base na situação hipotética descrita acima, e considerando que Thiago está sob custódia decorrente de prisão em flagrante, redija a peça processual, privativa de advogado, pertinente à defesa de Thiago.

Resolvendo a questão:

Peça: Pedido de relaxamento de prisão em flagrante (art. 5º, LXV, da CF).

Competência: Juiz de direito da ... vara criminal da comarca de ...

Tese: Prisão em flagrante decretada fora das hipóteses autorizadas do art. 302 do CPP.

Pedido: Relaxamento da prisão em flagrante e expedição do competente alvará de soltura.

Fundamento:

O crime de tráfico de drogas, na forma "fornecer", é um crime instantâneo (e não permanente, como entendeu o delegado). Ademais, o crime de tráfico de drogas é um crime formal, cabendo, portanto, prisão em flagrante apenas no momento da prática do delito (a prisão em flagrante não poderá ocorrer no momento do exaurimento do delito). Sendo assim, não houve o flagrante impróprio ou quase-flagrante (art. 302, III, do CPP), vez que NÃO houve perseguição logo

após a prática da infração (os policiais prenderam o Requerente no seu local de trabalho, no dia seguinte ao da acusação feita), NEM presunção de autoria do delito (já que não foi encontrado nenhum objeto ou substância que o ligasse ao tráfico de drogas).

LIBERDADE PROVISÓRIA

01. *(OAB/SP 135) Daniel, conhecido empresário de São Paulo – SP, brasileiro, casado, residente e domiciliado na rua Xangai, n.º 27, bairro Paulista, foi preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no artigo 3.º da Lei n.º 1.521/1951: "destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias- primas ou produtos necessários ao consumo do povo". Diante desse fato, Geiza, esposa de Daniel, procurou um advogado e lhe informou que Daniel era primário e possuía residência fixa. Aduziu que a empresa do marido, Feijão Paulistano S.A., já atuava no mercado havia mais de 8 anos. Ressaltou que Daniel sempre fora pessoa honesta e voltada para o trabalho. Além disso, Geiza narrou que Daniel era pai de uma criança de tenra idade, Júlia, que necessitava 103 urgentemente do retorno do pai às atividades laborais para manter-lhe o sustento. Por fim, informou que estava grávida e não trabalhava fora. Geiza apresentou ao advogado os seguintes documentos: CPF e RG de Daniel, comprovante de residência, cartão da gestante expedido pela Secretaria de Saúde de SP, certidão de nascimento da filha do casal, Júlia, auto de prisão em flagrante, nota de culpa e folha de antecedentes penais do indiciado, sem qualquer incidência.*

Considerando a situação hipotética descrita, formule, na condição de advogado(a) contratado(a) por Daniel, a peça — diversa de habeas corpus — que deve ser apresentada no processo.

Resolvendo:

Peça: Liberdade Provisória

No caso em análise, não estão presentes os requisitos da prisão preventiva.

Arts. 310, inciso III, 311, 312, 321 e 350 do CPP.

Art. 5º, LVII e LXVI da CF.

Art. 1º e 3º da Lei n.º 1.521/1951

MANDADO DE SEGURANÇA

01. *(OAB/SP 119) Antenor teve seu veículo subtraído e posteriormente localizado e apreendido em auto próprio, instaurando a autoridade policial regular inquérito, já que estabelecida a autoria. Requereu a liberação do veículo, indiscutivelmente de sua propriedade, o que foi indeferido pelo delegado de polícia civil local, a afirmação de que só será possível a restituição depois do processo penal transitar em julgado, conforme despacho cuja cópia está em seu poder.*

QUESTÃO: Como advogado de Antenor, agir no seu interesse.

Resolvendo:

Antenor fez um pedido de "restituição de coisa apreendida" (arts. 118 a 120 do PP), que foi negado pela autoridade policial; portando, feriu direito líquido e certo. Tendo em vista que é o legítimo proprietário do bem, deve impetrar mandado de segurança com pedido de liminar, com fundamento no art. art. 5º, LXIX, da CF e art. 1ª da Lei 12.016/2009.

A peça deve ser direcionada ao juiz da vara criminal.

02. *(OAB/SP 123 - adaptado) João Alves dos Santos, por estar indiciado pela prática de crime de roubo, procurou advogado para atuar em sua defesa. Este, no dia 20.05.2008, dirigiu-se à Delegacia de Polícia e solicitou os autos de inquérito para exame. O Delegado de Polícia, todavia, não lhe permitiu o acesso aos autos porque a investigação era sigilosa.*

QUESTÃO: Como advogado de João, verifique a medida cabível e de forma fundamentada postule o que for adequado ao caso.

Resolvendo:

No presente caso, são cabíveis tanto HC, quanto MS ou ainda Reclamação constitucional. Todavia, a banca entendeu ser cabível **Mandado de Segurança**.

Competência:

Endereçado ao Juiz de 1º grau.

Pedido:

Determinação à autoridade coatora para que garanta a vista dos autos.

Fundamento:

Art. 7º, XIV, da Lei 8.906, de 4.7.94 (EOAB), garante ao advogado o direito de examinar, na repartição policial, os autos do inquérito policial. O sigilo não pode prevalecer em relação ao advogado.

Súmula Vinculante 14. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa",

2. FASE PROCESSUAL

DEFESA PRELIMINAR

01. *LELESVAL foi preso em flagrante logo após efetuar a venda de substância entorpecente a um transeunte.*

Concluído o inquérito policial, é denunciado por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

A inicial acusatória deixou de narrar o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Oferecida a denúncia, o juiz determina a intimação do acusado para manifestação no prazo legal.

QUESTÃO: Como defensor de LELESVAL, redija a peça adequada, apresentando argumentos necessários à defesa do mesmo.

Resolvendo:

Peças: Defesa Preliminar com fundamento no art. 55 da Lei nº 11.343/06.
Prazo: 10 dias.
Competência: juiz que determinou a notificação.
Teses: inépcia da denúncia.
Pedido: rejeição da denúncia, nos termos do art. 395 c/c art. 41 do CPP.

RESPOSTA À ACUSAÇÃO

VIII EXAME FGV (2012.2) ***Leia com atenção o caso concreto a seguir:***

Visando abrir um restaurante, José pede vinte mil reais emprestados a Caio, assinando, como garantia, uma nota promissória no aludido valor, com vencimento para o dia 15 de maio de 2010. Na data mencionada, não tendo havido pagamento, Caio telefona para José e, educadamente, cobra a dívida, obtendo do devedor a promessa de que o valor seria pago em uma semana.

Findo o prazo, Caio novamente contata José, que, desta vez, afirma estar sem dinheiro, pois o restaurante não apresentara o lucro esperado.

Indignado, Caio comparece no dia 24 de maio de 2010 ao restaurante e, mostrando para José uma pistola que trazia consigo, afirma que a dívida deveria ser saldada imediatamente, pois, do contrário, José pagaria com a própria vida. Aterrorizado, José entra no restaurante e telefona para a polícia, que, entretanto, não encontra Caio quando chega ao local.

Os fatos acima referidos foram levados ao conhecimento do delegado de polícia da localidade, que instaurou inquérito policial para apurar as circunstâncias do ocorrido. Ao final da investigação, tendo Caio confirmado a ocorrência dos eventos em sua integralidade, o Ministério Público o denuncia pela prática do crime de extorsão qualificada pelo emprego de arma de fogo. Recebida a inicial pelo juízo da 5ª Vara Criminal, o réu é citado no dia 18 de janeiro de 2011.

Procurado apenas por Caio para representá-lo na ação penal instaurada, sabendo-se que Joaquim e Manoel presenciaram os telefonemas de Caio cobrando a dívida vencida, e com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija, no último dia do prazo, a peça cabível, invocando todos os argumentos em favor de seu constituinte.

Padrão de Resposta / Espelho de Correção

O examinando deverá redigir uma resposta à acusação, prevista no artigo 396 do CPP (e/ou art. 396-A do CPP), a ser endereçada ao juízo da 5ª Vara Criminal e apresentada no dia 28 de janeiro de 2011.

Na referida peça, o examinando deverá demonstrar que a conduta descrita pelo Ministério Público caracterizaria apenas o crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do CP, uma vez que para a configuração do delito de extorsão seria imprescindível que a vantagem fosse indevida, sendo a conduta, com relação ao delito do artigo 158, atípica.

Outrossim, o examinando deverá esclarecer que o Ministério Público não é parte legítima para figurar no polo ativo de processo criminal pelo delito de exercício arbitrário das próprias razões, pois não houve emprego de violência, sendo este persequível por ação penal privada.

Em razão disso, o examinando deverá afirmar que caberia a José ajuizar queixa-crime dentro do prazo decadencial de seis meses, contados a partir do dia 24 de maio de 2010 e, uma vez não tendo sido oferecida a queixa-crime até o dia 23 de novembro de 2010, incidiu sobre o feito o fenômeno da decadência, restando extinta a punibilidade de Caio.

Ao final, o examinando deverá pedir a absolvição sumária de Caio, com fundamento no artigo 397, III (pela atipicidade do delito de extorsão) e IV (pela incidência da decadência), do CPP. Além de tais pedidos, com base no princípio da

eventualidade, deverá requerer a produção de prova testemunhal, com a oitiva de Joaquim e Manoel.

Por fim, o examinando deverá apontar em sua peça a data de 28 de janeiro de 2011.

Não sendo observada a correta divisão das partes, indicação de local, data e assinatura, será impossível atribuição dos pontos relativos à estrutura.

MEMORIAIS

01. (OAB/IX Exame/FGV/20013) *GISELE foi denunciada, com recebimento ocorrido em 31/10/2010, pela prática do delito de lesão corporal leve, com a presença da circunstância agravante, de ter o crime sido cometido contra mulher grávida. Isso porque, segundo narrou a inicial acusatória, Gisele, no dia 01/04/2009, então com 19 anos, objetivando provocar lesão corporal leve em Amanda, deu um chute nas costas de Carolina, por confundi-la com aquela, ocasião em que Carolina (que estava grávida) caiu de joelhos no chão, lesionando-se.*

A vítima, muito atordoada com o acontecido, ficou por um tempo sem saber o que fazer, mas foi convencida por Amanda (sua amiga e pessoa a quem Gisele realmente queria lesionar) a noticiar o fato na delegacia. Sendo assim, tão logo voltou de um intercâmbio, mais precisamente no dia 18/10/2009, Carolina compareceu à delegacia e noticiou o fato, representando contra Gisele. Por orientação do delegado, Carolina foi instruída a fazer exame de corpo de delito, o que não ocorreu, porque os ferimentos, muito leves, já haviam sarado. O Ministério Público, na denúncia, arrolou Amanda como testemunha.

Em seu depoimento, feito em sede judicial, Amanda disse que não viu Gisele bater em Carolina e nem viu os ferimentos, mas disse que poderia afirmar com convicção que os fatos noticiados realmente ocorreram, pois estava na casa da vítima quando esta chegou chorando muito e narrando a história. Não foi ouvida mais nenhuma testemunha e Gisele, em seu interrogatório, exerceu o direito ao silêncio. Cumpre destacar que a primeira e única audiência ocorreu apenas em 20/03/2012, mas que, anteriormente, três outras audiências foram marcadas; apenas não se realizaram porque, na primeira, o magistrado não pôde comparecer na segunda o Ministério Público não compareceu e a terceira não se realizou porque, no dia marcado, foi dado ponto facultativo pelo governador do Estado, razão pela qual todas as audiências foram redesignadas. Assim, somente na quarta data agendada é que a audiência efetivamente aconteceu. Também merece destaque o fato de que na referida audiência o parquet não ofereceu proposta de suspensão condicional do processo, pois, conforme documentos comprobatórios

juntados aos autos, em 30/03/2009, Gisele, em processo criminal onde se apuravam outros fatos, aceitou o benefício proposto.

Assim, segundo o promotor de justiça, afigurava-se impossível formulação de nova proposta de suspensão condicional do processo, ou de qualquer outro benefício anterior não destacado, e, além disso, tal dado deveria figurar na condenação ora pleiteada para Gisele como outra circunstância agravante, qual seja, reincidência.

Nesse sentido, considere que o magistrado encerrou a audiência e abriu prazo, intimando as partes, para o oferecimento da peça processual cabível.

Como advogado de Gisele, levando em conta tão somente os dados contidos no enunciado, elabore a peça cabível. (Valor: 5,0)

Gabarito FGV

O examinando, observando a estrutura correta, deverá elaborar MEMORIAIS, com fundamento no Art. 403, §3º, do CPP.

A peça deve ser endereçada ao Juiz do Juizado Especial Criminal.

Preliminarmente, deve ser alegada a decadência do direito de representação. Os fatos ocorreram em 01/04/2009 e a representação apenas foi feita em 18/10/2009 (Art. 38, CPP).

Também em caráter preliminar deve ser alegada a nulidade do processo pela inobservância do rito da Lei 9.099/95, anulando-se o recebimento da denúncia, com a consequente prescrição da pretensão punitiva. Isso porque os fatos datam de 01/04/2009 e a pena máxima em abstrato prevista para o crime de lesão corporal leve é de um ano, que prescreve em quatro anos (Art. 109, inciso V, do CP). Como se trata de acusada menor de 21 anos de idade, o prazo prescricional reduz-se pela metade (Art. 115, do CP), totalizando dois anos. Com a anulação do recebimento da denúncia, este marco interruptivo desaparece e, assim, configura-se a prescrição da pretensão punitiva.

No mérito, deve ser requerida absolvição por falta de prova. A materialidade do delito não restou comprovada, tal como exige o Art. 158, do CPP. O delito de lesão corporal é não transeunte e exige perícia, seja direta ou indireta, o que não foi feito. Note-se que não foi realizado exame pericial direto e nem a perícia indireta pôde ser feita, pois a única testemunha não viu nem os fatos e nem mesmo os ferimentos.

Também no mérito, deve ser alegado que não incidem nenhuma das circunstâncias agravantes aventadas pelo Ministério Público. Levando em conta que Gisele agiu em hipótese de erro sobre a pessoa (Art. 20, § 3º, do CP), devem ser consideradas apenas as características da vítima pretendida (Amanda) e não da vítima real (Carolina), que estava grávida. Além disso, não incide a agravante da

reincidência, pois a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo não acarreta condenação e muito menos reincidência; Gisele ainda é primária.

Ao final, deve elaborar os seguintes pedidos: a extinção de punibilidade pela decadência do direito de representação; a declaração da nulidade do processo com a consequente extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva; a absolvição da ré com fundamento na ausência de provas para a condenação.

Subsidiariamente, em caso de condenação, deverá pleitear a não incidência da circunstância agravante de ter sido, o delito, cometido contra mulher grávida; a não incidência da agravante da reincidência; a atenuação da pena como consequência à aplicação da atenuante da menoridade relativa da ré.

02. (OAB/XIV Exame/FGV/20014) *Felipe, com 18 anos de idade, em um bar com outros amigos, conheceu Ana, linda jovem, por quem se encantou. Após um bate-papo informal e troca de beijos, decidiram ir para um local mais reservado. Nesse local trocaram carícias, e Ana, de forma voluntária, praticou sexo oral e vaginal com Felipe.*

Depois da noite juntos, ambos foram para suas residências, tendo antes trocado telefones e contatos nas redes sociais.

No dia seguinte, Felipe, ao acessar a página de Ana na rede social, descobre que, apesar da aparência adulta, esta possui apenas 13 (treze) anos de idade, tendo Felipe ficado em choque com essa constatação.

O seu medo foi corroborado com a chegada da notícia, em sua residência, da denúncia movida por parte do Ministério Público Estadual, pois o pai de Ana, ao descobrir o ocorrido, procurou a autoridade policial, narrando o fato.

Por Ana ser inimputável e contar, à época dos fatos, com 13 (treze) anos de idade, o Ministério Público Estadual denunciou Felipe pela prática de dois crimes de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217- A, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal. O Parquet requereu o início de cumprimento de pena no regime fechado, com base no artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90, e o reconhecimento da agravante da embriaguez preordenada, prevista no artigo 61, II, alínea "l", do CP.

O processo teve início e prosseguimento na XX Vara Criminal da cidade de Vitória, no Estado do Espírito Santo, local de residência do réu.

Felipe, por ser réu primário, ter bons antecedentes e residência fixa, respondeu ao processo em liberdade.

Na audiência de instrução e julgamento, a vítima afirmou que aquela foi a sua primeira noite, mas que tinha o hábito de fugir de casa com as amigas para frequentar bares de adultos.

As testemunhas de acusação afirmaram que não viram os fatos e que não sabiam das fugas de Ana para sair com as amigas.

As testemunhas de defesa, amigos de Felipe, disseram que o comportamento e a vestimenta da Ana eram incompatíveis com uma menina de 13 (treze) anos e que qualquer pessoa acreditaria ser uma pessoa maior de 14 (quatorze) anos, e que Felipe não estava embriagado quando conheceu Ana.

O réu, em seu interrogatório, disse que se interessou por Ana, por ser muito bonita e por estar bem vestida. Disse que não perguntou a sua idade, pois acreditou que no local somente pudessem frequentar pessoas maiores de 18 (dezoito) anos. Corroborou que praticaram o sexo oral e vaginal na mesma oportunidade, de forma espontânea e voluntária por ambos.

A prova pericial atestou que a menor não era virgem, mas não pôde afirmar que aquele ato sexual foi o primeiro da vítima, pois a perícia foi realizada longos meses após o ato sexual.

O Ministério Público pugnou pela condenação de Felipe nos termos da denúncia.

A defesa de Felipe foi intimada no dia 10 de abril de 2014 (quinta-feira).

Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija a peça cabível, no último dia do prazo, excluindo a possibilidade de impetração de Habeas Corpus, sustentando, para tanto, as teses jurídicas pertinentes. (Valor: 5,0)

Gabarito Comentado (FGV)

O examinando deve redigir alegações finais na forma de **memoriais**, com fundamento no art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, sendo a petição dirigida ao juiz da XX Vara Criminal de Vitória, Estado do Espírito Santo.

Conforme narrado no texto da peça prático-profissional, o examinando deveria abordar em suas razões a necessidade de **absolvição do réu diante do erro de tipo escusável**, que colimou na **atipicidade da conduta**.

Conforme ficou narrado no texto da peça prático-profissional, o réu praticou sexo oral e vaginal com uma menina de 13 (treze) anos, que pelas condições físicas e sociais aparentava ser maior de 14 (quatorze) anos.

O tipo penal descrito no artigo 217- A do CP, estupro de vulnerável, exige que o réu tenha ciência de que se trata de menor de 14 (quatorze) anos. É certo que o consentimento da vítima não é considerado no estupro de vulnerável, que visa tutelar a dignidade sexual de pessoas vulneráveis. No entanto, tal reforma penal

não exclui a alegação de erro de tipo essencial, quando verificado, no caso concreto, a absoluta impossibilidade de conhecimento da idade da vítima.

Na leitura da realidade, **o réu acreditou estar praticando ato sexual com pessoa maior de 14 (quatorze) anos**, incidindo, portanto, a figura do **erro de tipo essencial**, descrita no artigo 20, caput, do CP.

Como qualquer pessoa naquela circunstância incidiria em erro de tipo essencial e como não há previsão de estupro de vulnerável de forma culposa, não há outra solução senão a absolvição do réu, com base no artigo 386, III, do CPP.

Por sua vez, o examinando deveria desenvolver que no caso de condenação haveria a necessidade do reconhecimento de crime único, sendo excluído o concurso material de crimes. **A prática de sexo oral e vaginal no mesmo contexto configura crime único**, pois a reforma penal oriunda da lei 12.015/2009 uniu as figuras típicas do atentado violento ao pudor e o estupro numa única figura, sendo, portanto, um crime misto alternativo.

Prosseguindo em sua argumentação, o examinando deveria rebater o **pedido de reconhecimento da agravante da embriaguez preordenada, pois não foram produzidas provas** no sentido de que Felipe se embriagou com intuito de tomar coragem para a prática do crime, também indicando a presença da atenuante da menoridade.

Por fim, por ser o réu primário, de bons antecedentes e por existir crime único e não concurso material de crimes, o examinando deveria requerer a **fixação da pena-base no mínimo legal**, com a consequente **fixação do regime semiaberto**.

Apesar do crime de estupro de vulnerável, artigo 217- A do CP, estar elencado como infração hedionda na lei 8.072/90, conforme artigo 1º, IV, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º desta lei, sendo certo que o juiz ao fixar o regime inicial para o cumprimento de pena deve analisar a situação em concreto e não o preceito em abstrato. Assim, diante da ocorrência de crime único, cuja pena será fixada em 8 (oito) anos de reclusão, sendo o réu primário e de bons antecedentes, o regime semiaberto é a melhor solução para o réu, pois **o artigo 33, §2º, alínea "a", do CP, impõe o regime fechado para crimes com penas superiores a 8 (oito) anos**, o que não é o caso.

Ao final o examinando deveria formular os seguintes pedidos:

a) Absolvição do réu, com base no art. 386, III, do CPP, por ausência de tipicidade;

Diante da condenação, de forma subsidiária:

b) Afastamento do concurso material de crimes, sendo reconhecida a existência de crime único.

c) Fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da agravante da embriaguez preordenada e a incidência da atenuante da menoridade.

d) Fixação do regime semiaberto para início do cumprimento de pena, com base no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, diante da inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da lei 8.072/90.

Por derradeiro, cabe destacar que o texto da peça prático-profissional foi expresso em exigir a apresentação dos memoriais no último dia do prazo. Considerado o artigo 403,§ 3º, do CPP, o prazo será de 5 (cinco) dias, sendo certo que o último dia para apresentação é o dia 15 de abril de 2014.

RESE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

01. *(OAB/2006) No curso de ação penal de iniciativa privada ajuizada por João Henrique contra Edmar Benson, na Comarca de Perdões/MG, pela prática dos delitos previstos nos artigos 138, 139 e 140 do CP, o querelante foi devidamente intimado para constituir novo patrono por ter o anterior renunciado aos poderes que lhe foram outorgados, deixando, no entanto, o querelante de fazê-lo por mais de trinta dias seguidos. O advogado do querelado requereu a decretação da perempção e o juiz indeferiu a pretensão ao argumento de que a suposta omissão não poderia ser caracterizada como inércia ou desídia, pois independente de ser iniciativa privada, toda ação penal tem interesse público e deve seguir o seu trâmite até o final com o julgamento do mérito. Em face de tal decisão, atuando como advogado do querelado, elabore a petição de interposição do recurso e as razões que o acompanha com o devido e completo encaminhamento.*

Resolvendo:

Peça: RESE, Art. 581, IX, do CPP.

Competência: *Interposição*: Juízo da ... Vara Criminal de.... *Razões*: Egrégio Tribunal.

Teses: Extinção da punibilidade - Art. 60, I, do CP.

A ação penal privada é norteada, entre outros, pelo princípio da disponibilidade, ou seja, a vítima pode desistir da ação proposta. A perempção é um instituto decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, ou seja, é uma sanção processual imposta ao querelante inerte ou negligente na condução do processo, acarretando a extinção da punibilidade (a qual deverá ser, inclusive, declarada de ofício pelo juiz – art. 61 do CPP). No caso em tela, ocorreu a perempção com base no art. 60, I, do CPP e, consequentemente, a extinção da punibilidade (art. 107, IV, do CP).

Absolvição, art. 386 do CPP.

02. *(OAB/SP 113) João da Silva foi denunciado pelo Ministério Público porque teria causado em Antonio de Souza, mediante uso de uma barra de ferro, as lesões corporais que o levaram à morte. Durante a instrução criminal, o juiz, de ofício, determinou a instauração do Incidente de Sanidade Mental do acusado. A perícia concluiu ser este portador de esquizofrenia grave. Duas testemunhas presenciais arroladas pela defesa afirmaram, categoricamente, que no dia dos fatos Antonio de Souza, após provocar o acusado injustamente, com palavras de baixo calão, passou a desferir-lhe socos e pontapés. Levantando-se com dificuldade, João alcançou uma barra de ferro que se encontrava nas proximidades e golpeou Antonio por várias vezes, até que cessasse a agressão que sofria. Encerrada a primeira fase processual, o Magistrado, acatando o Laudo Pericial, absolveu sumariamente João da Silva, aplicando-lhe Medida de Segurança, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos. A decisão judicial foi publicada há dois dias.*

QUESTÃO: Na condição de advogado de João da Silva, tome a providência judicial cabível.

Resolvendo:

Peça: RESE, art. 581, IV, do CPP.

Competência: *Interposição*: Juízo da ... Vara Criminal de.... *Razões*: Egrégio Tribunal.

Prazo para interposição: 05 (cinco) dias, art. 586 do CPP.

Teses:

A argumentação e a fundamentação deverão invocar a legítima defesa como excludente de ilicitude, requerendo a reforma em inteiro teor da decisão de primeiro grau, a fim de que o acusado seja absolvido sumariamente (art. 415 do C.P.P.), com fundamento no artigo 25 do Código Penal, revogando-se a Medida de Segurança.

03. *(OAB/SP 117) Os indivíduos Felício e Roberval, após uma partida de tênis, começaram a discutir. Felício que estava com a raquete na mão, atingiu de lado e sem muita força a cabeça de Roberval, de estrutura física inferior à do agressor e mãos desprovidas de qualquer objeto. Roberval desequilibrou-se e, ao cair ao solo, bateu com a cabeça na guia, vindo a falecer. Felício foi processado em liberdade perante a 1ª Vara do Júri, por homicídio simples – art. 121, "caput", do C.P. e pronunciado pelo magistrado, ao entendimento de que houve dolo eventual, pois o acusado teria assumido o risco de produzir o resultado,*

ao golpear Roberval com a raquete. A sentença de pronúncia foi prolatada há dois dias.

QUESTÃO: Na condição de advogado de Felício, elabore a peça adequada à sua defesa.

Resolvendo:

Peça: RESE, art. 581, IV, do CPP.

Competência: *Interposiçã*o: Juízo da 1ª Vara júri. *Razões*: Egrégio Tribunal.

Prazo para interposição: 05 (cinco) dias, art. 586 do CPP.

Teses:

Desclassificação para o crime de lesões corporais seguidas de morte (art. 129 p. 3º do CP) para que o réu seja julgado perante uma vara singular.

Não houve dolo eventual no caso em tela, que autorizasse a imputação de homicídio doloso.

O recurso deverá ser fundamentado ao final, com o disposto no art. 419 do CPP.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO *VERSUS* DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA

01. (OAB 2ª fase/XII Exam.FGV/2013) *Jerusa, atrasada para importante compromisso profissional, dirige seu carro bastante preocupada, mas respeitando os limites de velocidade. Em uma via de mão dupla, Jerusa decide ultrapassar o carro à sua frente, o qual estava abaixo da velocidade permitida. Para realizar a referida manobra, entretanto, Jerusa não liga a respectiva seta luminosa sinalizadora do veículo e, no momento da ultrapassagem, vem a atingir Diogo, motociclista que, em alta velocidade, conduzia sua moto no sentido oposto da via. Não obstante a presteza no socorro que veio após o chamado da própria Jerusa e das demais testemunhas, Diogo falece em razão dos ferimentos sofridos pela colisão. Instaurado o respectivo inquérito policial, após o curso das investigações, o Ministério Público decide oferecer denúncia contra Jerusa, imputando-lhe a prática do delito de homicídio doloso simples, na modalidade dolo eventual (Art. 121 c/c Art. 18, I parte final, ambos do CP). Argumentou o ilustre membro do Parquet a imprevisão de Jerusa acerca do resultado que poderia causar ao não ligar a seta do veículo para realizar a ultrapassagem, além de não atentar para o trânsito em sentido contrário. A denúncia foi recebida pelo juiz competente e todos os atos processuais exigidos em lei foram regularmente praticados. Finda a instrução probatória, o juiz*

competente, em decisão devidamente fundamentada, decidiu pronunciar Jerusa pelo crime apontado na inicial acusatória. O advogado de Jerusa é intimado da referida decisão em 02 de agosto de 2013 (sexta-feira).

Resolvendo:

Embora a FGV tenha exigido do candidato que adotasse apenas a tese de **desclassificação da conduta**, pode-se elaborar uma tese de **absolvição,** com fundamento na culpa exclusiva da vítima.

Com base na **Teoria da Imputação Objetiva** não há imputação objetiva **quando o risco criado é permitido**, devendo o agente responder penalmente apenas se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante.

À luz da teoria da imputação objetiva seria necessária a demonstração da criação pela vítima de uma situação de risco não permitido, o que não foi o caso, já que GERUSA, ao dirigir seu veículo estava exercendo um risco tolerável (permitido).

Portanto, não há que se falar em imputação do resultado à conduta do agente quando o perigo criado pela própria vítima é fundamental para a produção do resultado. Logo, a conduta de GERUSA caracteriza-se como fato atípico, o que leva a absolvição nos termos do art. 386, III, do CPP.

Padrão de Resposta / Espelho de Correção (FGV):

O examinando deverá elaborar um recurso em **sentido estrito com fundamento no Art. 581, IV do CPP**. A petição de interposição deverá ser endereçada ao Juiz da Vara Criminal do Tribunal do Júri. Deverá, o examinando, na própria petição de interposição, formular pedido de retratação (ou requerer o efeito regressivo/iterativo), com fundamento no Art. 589, do CPP. Caso não seja feita petição de interposição, haverá desconto no item relativo à estrutura da peça, além daqueles relativos aos itens de referida petição.

As razões do recurso deverão ser endereçadas ao Tribunal de Justiça. No mérito, o examinando deve alegar que Jerusa não agiu com dolo e sim com culpa. Isso porque o dolo eventual exige, além da previsão do resultado, que o agente assuma o risco pela ocorrência do mesmo, nos termos do Art. 18, I (parte final) do CP, que adotou, em relação ao dolo eventual, a teoria do consentimento. Nesse sentido, a conduta de Jerusa amolda-se àquela descrita no Art. 302 do CTB, razão pela qual ela deve responder pela prática, apenas, de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Em consequência, não havendo crime doloso contra a vida, o Tribunal do Júri não é competente para apreciar a questão, razão pela qual deve ocorrer a desclassificação, nos termos do Art. 419, do CPP. Ao final, o examinando deverá elaborar pedido de desclassificação do delito de homicídio simples doloso, para o

delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (Art. 302 do CTB). Levando em conta o comando da questão, que determina datar as peças com o último dia do prazo cabível para a interposição, ambas as petições (interposição e razões do recurso) deverão ser datadas do dia 09/08/2013.

CONTRARRAZÕES DO RESE

01. (OAB/SP 110- Adaptado) *Aurélio, Promotor de Justiça, oferece denúncia contra Agripino, empresário, descrevendo infração penal tipificada como receptação ocorrida em outubro de 2007. Contudo, esquece-se de apresentar o rol de testemunhas na peça inicial, além de narrar fato equivocado, fazendo inserir circunstâncias totalmente divorciadas da realidade, não oferecendo, outrossim, a qualificação do indiciado. O Magistrado, ao tomar conhecimento do teor da denúncia, rejeita-a, expondo os motivos para tal.* ***O Promotor de Justiça recorre de tal decisão****, expondo os motivos de seu inconformismo, reiterando que a ação penal deve ser recebida para, ao final da instrução probatória, ser o réu condenado pelo crime que cometeu. Você, como advogado de Agripino, é intimado para tomar ciência da decisão do Juiz, bem como do recurso interposto pelo Promotor de Justiça.*

Assim, proponha a peça processual que julgar correta para a defesa de Agripino, justificando fundamentadamente os argumentos que nela desenvolverá.

Resolvendo:

Peça: Contrarrazões do RESE, arts. 581, I. e 588 do CPP.

Competência: *Interposição*: Juízo da... Vara criminal de... *Razões*: Egrégio Tribunal.

Teses:

Inépcia da inicial por falta do rol de testemunhas, por falta de qualificação do indiciado e por fazer inserir circunstâncias totalmente divorciadas da realidade (art. 41 e 395 do CPP). Prescrição penal: arts. 109, 107 C.P.

APELAÇÃO

01. (OAB/2006.2-adaptada) *Tício, de conhecida má-índole, para quebrar a vidraça de uma residência situada em Cuiabá (MT), arremessa com força uma enorme pedra da direção dela. Contudo, sem que Tício soubesse, no interior da casa estava Mévio o qual vem a falecer, atingido pela pedra em sua nuca. Tício,* ***denunciado*** *e* ***pronunciado*** *como incurso nas penas do artigo 121, caput, do Código*

*Penal, foi **condenado** pelo Tribunal do Júri a seis anos de reclusão, em julgamento realizado no dia 22 de setembro de 2006.*

Apresente a peça cabível, usando os argumentos necessários para beneficiar Tício.

Resolvendo:

Peça: apelação nos termos do art. 593, II, "d", do CPP

Competência: Interposição: juiz da vara do júri; Razões: Egrégio Tribunal.

Teses:

Primeiramente temos de ver qual era a intenção (animus) do agente. Embora Tício tivesse má-índole, sua intenção era apenas quebrar a vidraça e não causar a morte de Mévio, que se encontrava no interior da casa; isso Tício não sabia. Logo, estamos diante de uma situação RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO – (aberratio delicti).

Sobre esse assunto o CPP dispõe em seu art. 74 que,

> *"Fora dos casos do artigo anterior, **quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido**, o agente responde por culpa, se o FATO É PREVISTO COMO CRIME CULPOSO; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código."*

Tício, ao atingir Mévio, ocorreu em erro, já que sua intenção era quebrar a vidraça, o que configura crime de dano (art. 163 do CP). Tício deverá responder a título de dolo apenas pelo resultado pretendido que fora tão-somente o dano, ou seja, responderá dolosamente pelo crime do art. 163 do Código Penal, e **no que tange ao resultado morte, por não ter sido pretendid**o, e considerando haver previsão de **culpa para o homicídio**, poderá responder por este, mas apenas a título de culpa.

Logo, Tício não deveria ter sido pronunciado e nem submetido ao tribunal do júri, já que o fato praticado por ele é tido como culposo e não doloso.

Pedido: Seja conhecido e provido o recurso para anular o julgamento, para que seja o acusado submetido a novo julgamento.

A FGV valoriza bastante o assunto "RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO".

02. *(OAB/SP 108) Aurélio, em sede de inquérito policial, reservou-se o direito de permanecer calado. Na fase judicial, foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal, às penas de 01 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 4 dias-multa. Embora frágeis as provas produzidas, o MM. Juízo da 15ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital fundamentou a decisão na presunção de culpa, pelo silêncio de Aurélio na fase policial. A sentença foi publicada há cinco dias.*

QUESTÃO: Como advogado de Aurélio, adote a medida judicial cabível, justificando-a.

Resolvendo:

Peças: apelação com fundamento no art. 593 do CPP.

Competência: *Interposiçã*o: Juízo da 15ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital. *Razões*: Egrégio Tribunal.

Teses:

CPP, art. 186, parágrafo único. *"O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa."*

CF, art. 5º, inciso LXIII: *"O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."*

Pedido: Absolvição por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

03. *(OAB/SP 108) Gaio foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso II, c/c art. 29, todos do Código Penal. Em Plenário, sustentou a Defesa, dentre outras, a tese da ausência do "animus necandi".*

Os Jurados, por significativa maioria de votos, rejeitaram todas, sendo certo que não foi formulado quesito acerca da referida tese defensiva, fato que não foi objeto de reclamação na oportunidade. A sentença, proferida no julgamento realizado há três dias, condenou Gaio a cumprir a pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado.

QUESTÃO: Como advogado de Gaio, ajuíze a providência judicial adequada, justificando-a.

Resolvendo:

Peças: apelação com fundamento no art. 593, III, d, do CPP.

Competência: *Interposição*: juiz da vara do júri; *Razões*: Egrégio Tribunal.

Preliminar: nulidade por falta de quesitos nos arts. 564, III, k, e p.único, c/c art. 483 do CPP.

Teses: Pedido de anulação do julgamento por deficiência dos quesitos. Vício insanável do questionário, que independe de reclamação oportuna.

04. *(OAB/SP 123) João Alves dos Santos foi condenado, no dia 05.01.2004, por apropriação indébita porque, como marceneiro, recebera, no dia 06.02.2002, importância de seu cliente, Antônio Aparecido Almeida, como pagamento adiantado pelos serviços que prestaria em sua residência. Entendeu o Magistrado que João cometera o crime porque ficou com o valor recebido, não executando os trabalhos pelos quais foi contratado. Ele e seu advogado foram intimados da sentença condenatória, no dia 20.05.04.*

QUESTÃO: Como advogado de João, verifique a medida cabível e, de forma fundamentada, postule o que for de seu interesse por meio de peça adequada.

Resolvendo:

Peça: Apelação – art. 593 do CPP.

Competência: *Interposição*: juiz da vara criminal; *Razões*: Egrégio Tribunal.

Pedido: Reforma pelo tribunal.

Absolvição do art. 386, II, do CPP.

Teses: Quando alguém recebe valor em dinheiro como pagamento de seus serviços e não os executa não comete apropriação indébita. O dinheiro que é entregue passa a ser de sua propriedade. A questão, assim, é estritamente civil, não penal.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

01. *(OAB/SP 108) Octaviano, **funcionário público**, foi condenado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por maioria de votos. O relator, vencido, entendeu ser nulo o processo porque suprimida a fase das alegações preliminares. O v. acórdão foi publicado há dois dias.*

QUESTÃO: Como advogado de Octaviano, pratique o ato judicial pertinente, justificando-o.

Resolvendo:

Peça: embargos infringentes com fundamento no art. 609, p. único, do CPP.

Competência: *Interposição*: Ao desembargador relator do acórdão; *Razões*: Egrégio Tribunal.

Teses: Pedido de nulidade do processo "ab initio", por desrespeito ao disposto no art. 514 do CPP.

02. *(OAB/SP 111) Teodósio, nascido em 20 de setembro de 1980, subtraiu para si, de um supermercado, um queijo importado, duas latas de refrigerante e um tablete de chocolate, avaliados em R$ 25,00 (vinte e cinco reais). Denunciado pelo Ministério Público e após regular instrução criminal foi, a final, condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão, sendo-lhe concedido o benefício do sursis por 02 (dois) anos. Inconformado, o acusado recorreu. Julgado o recurso pelo Tribunal competente, a sentença foi mantida por maioria de votos, sendo que o Magistrado vencido, embora mantivesse a condenação, reduzia a reprimenda para 08 (oito) meses de detenção em razão do privilégio disposto no próprio tipo penal, convertendo a pena corporal em restritiva de direitos, em face do artigo 44 do C. P. O acórdão foi publicado há três dias.*

QUESTÃO: Como advogado(a) de Teodósio, tome a providência judicial cabível.

Resolvendo:

Peça: embargos infringentes com fundamento no art. 609 do CPP.

Competência: *Interposição*: Ao desembargador relator do acórdão; *Razões*: Egrégio Tribunal.

Prazo para interposição: 10 dias.

Teses: O recurso deverá, de forma fundamentada, sustentar a tese contida no voto vencido.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

01. *(OAB/SP 124) O juiz, ao proferir sentença condenando João por furto qualificado, admitiu, expressamente, na fundamentação, que se tratava de caso de aplicação do privilégio previsto no parágrafo segundo, do art. 155 do Código Penal, porque o prejuízo da vítima era de R$ 100,00 (cem reais), devendo, em face de sua primariedade e bons antecedentes, ser condenado à pena mínima. Na parte dispositiva, fixou como pena a de reclusão de 2 (dois) anos, substituindo-a por uma pena restritiva de direito e multa, fixando regime inicial aberto.*

QUESTÃO: Diante do inconformismo de João com essa condenação, como seu advogado, tome as providências cabíveis para a sua defesa e redija a peça processual adequada.

Resolvendo:

Peça: embargos de declaração com art. 382 do CPP.

Competência: *Interposição*: Ao juiz que proferiu a sentença.

CUIDADO! Esse recurso deve ser feito em apenas uma peça.

Prazo para interposição: 2 dias.

Teses: Não houve a aplicação do benefício do art. 155, § 2º, do CP, reconhecido na fundamentação da sentença (contradição).

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL - ROC

01. *(OAB/SP 110) Ésquines foi denunciado e está sendo processado por infração ao artigo 159 do Código Penal porque, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, sequestrou Demóstenes, empresário, exigindo de sua família, como condição para sua libertação, a importância de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Foi autuado em flagrante delito no momento em que pegava o dinheiro deixado em local previamente combinado e a vítima foi encontrada ilesa.*

O acusado encontra-se preso, por força da flagrância delitiva, há mais de 180 (cento e oitenta dias) e ainda não se encerrou a instrução criminal, uma vez que o representante do Ministério Público insiste na oitiva de duas testemunhas que devem ser ouvidas através de Carta Precatória, por residirem em outro Estado.

Requerido o relaxamento do flagrante ao Juízo processante, foi o mesmo indeferido, ensejando interposição de ordem de Habeas Corpus ao Tribunal competente. O Tribunal denegou a ordem requerida fundamentando o V. acórdão no fato de que a gravidade da infração se sobrepõe ao eventual excesso de prazo, desconfigurando o alegado constrangimento ilegal.

Como advogado de Ésquines, tome a providência judicial cabível.

Resolvendo:

Observe que foi impetrado HC junto ao TJ, cujo fundamento foi o art. 412 do CPP, tendo em vista que o acusado se encontra preso há mais de 180 dias, mas que foi negado pelo tribunal.

Peça: ROC – Recurso ordinário constitucional

Fundamento: art. 105, II, da CF e arts. 30 a 32 da Lei 8.032/90.

Competência:

Interposição: ao Presidente do TJ.

Razões: ao STJ.

Prazo para interposição: 5 dias.

Teses: Pedido de relaxamento do flagrante com a expedição de Alvará de Soltura poderá enfocar o excesso de prazo para o término da instrução criminal por motivos aos quais o acusado não deu causa; a configuração do constrangimento ilegal pela manutenção do acusado sob custódia por mais tempo do que o admitido pela jurisprudência dos Tribunais.

> ***Art. 412.*** *O procedimento será concluído no prazo máximo de* ***90 (noventa) dias****.*

02. *(OAB/SP 114) João, investigador de polícia, está preso no Presídio Especial da Polícia Civil de São Paulo, por força de auto de prisão em flagrante delito, e denunciado por violação do artigo 316, do Código Penal, sendo certo que teve concedida a fase do artigo 514, do Código de Processo Penal, e os prazos legais estão sendo observados. É primário, tem residência fixa e exerce atividade lícita. O Meritíssimo Juiz de primeira instância negou a liberdade provisória com fiança, alegando apenas e tão-somente "ser o crime muito grave", enquanto a Egrégia 1a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, denegou a ordem de habeas corpus que fora impetrada, usando do mesmo argumento, conforme consta do Venerando Acórdão hoje publicado.*

QUESTÃO: Como advogado de João, adotar a medida judicial cabível.

Resolvendo:

Peça: Recurso Ordinário Constitucional

Fundamento: art. 105, II, "a" da CF e arts. 30 a 32 da Lei 8.032/90.

Competência:

Interposição: ao Presidente do TJ.

Razões: ao STJ.

Prazo para interposição: 5 dias.

Teses:

Indiscutivelmente, a infração é afiançável, tanto que é concedido o prazo do artigo 154 do CPP. Outrossim, a simples gravidade do fato não é motivo para não conceder a fiança, aliás, direito subjetivo do réu consagrado na Constituição Federal.

Portanto, além de não estar, o despacho e a decisão de segunda instância devidamente fundamentados, foi eleito motivo que a lei não prescreve como impeditivo, persistindo o constrangimento ilegal. Buscar seja provido o recurso.

03. *(OAB 2ª fase XIV Exame/FGV/2014) Cristiano foi denunciado pela prática do delito tipificado no Art. 171, do Código Penal. No curso da instrução criminal, o magistrado que presidia o feito decretou a prisão preventiva do réu, com o intuito de garantir a ordem pública, "já que o crime causou grave comoção social, além de tratar-se de um crime grave, que coloca em risco a integridade social, configurando conduta inadequada ao meio social."*

O advogado de Cristiano, inconformado com a fundamentação da medida constritiva de liberdade, impetrou Habeas Corpus perante o Tribunal de Justiça, no intuito de relaxar tal prisão, já que a considerava ilegal, tendo em vista que toda decisão judicial deve estar amparada em uma fundamentação idônea.

O Tribunal de Justiça, por unanimidade, não concedeu a ordem, entendendo que a decisão que decretou a prisão preventiva estava corretamente fundamentada.

De acordo com a jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores, responda aos itens a seguir.

A) Qual o recurso que o advogado de Cristiano deve manejar visando à reforma do acórdão? (Valor: 0,65)

B) Qual o prazo e para qual Tribunal deverá ser dirigido? (Valor: 0,60)

Gabarito comentado (FGV)

De acordo com a jurisprudência atualizada, tanto do STJ como do STF, bem como com o mandamento descrito no Art. 105, II, "a", da Constituição Federal, em Habeas Corpus caberá Recurso Ordinário. O Art. 30, da Lei nº 8.038/90, determina ser de 05 (cinco) dias o prazo para interposição de recurso ordinário contra decisão denegatória de Habeas Corpus proferida pelos Tribunais dos Estados.

No caso narrado no enunciado, o recurso deve ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme informa o Art. 105, II, "a", da Constituição Federal, já que se trata de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL

01. (OAB, 2a fase/XI Exame/FGV/2014) *Daniel foi denunciado, processado e condenado pela prática do delito de roubo simples em sua modalidade tentada. A pena fixada pelo magistrado foi de dois anos de reclusão em regime aberto. Todavia, atento às particularidades do caso concreto, o referido magistrado concedeu-lhe o beneficio da suspensão condicional da execução da pena, sendo certo que, na sentença, não fixou nenhuma condição.*

Somente a defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a absolvição de Daniel com base na tese de negativa de autoria e, subsidiariamente, a substituição do beneficio concedido por uma pena restritiva de direitos. O Tribunal de Justiça, por sua vez, no julgamento da apelação, de forma unânime, negou provimento aos dois pedidos da defesa e, no acórdão, fixou as condições do sursis, haja vista o fato de que o magistrado a quo deixou de fazê-lo na sentença condenatória.

Nesse sentido, atento apenas às informações contidas no texto, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

A) Qual o recurso cabível contra a decisão do Tribunal de Justiça? (Valor: 0,55)

B) Qual deve ser a principal linha de argumentação no recurso? (Valor: 0,70)

Resolvendo (Gabarito FGV):

A) considerando que a decisão do tribunal afronta texto de lei federal, qual seja a 7.2010/84, o recurso adequado a ser lançado é o Recurso Especial com lastro no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição.

B) considerando que apenas a defesa recorreu, significa dizer que a situação do acusado só poderia mudar para melhor e não para pior. Sendo assim, quando o tribunal além de indeferir provimento ao recurso da defesa, ainda complementa a decisão do juiz a quo criando condições para a suspensão da pena, ele o fez de forma a piorar a situação do recorrente. Fato esse que viola diretamente o princípio da "*non reformatio in pejus"* esculpido no artigo 617 do Código de Processo Penal que diz:

> ***Art. 617****. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

01. *Zé Ninja foi processado por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, do CP perante o 1º Tribunal do Júri, restando absolvido da imputação. Inconformado, o Promotor de Justiça recorreu e a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso por unanimidade de votos, afirmando que os jurados decidiram manifestamente contrária à prova dos autos. É certo que a prova é amplamente favorável a Zé Ninja. A* ***matéria foi prequestionada em embargos de declaração****.*

QUESTÃO: Como advogado de Zé Ninja, adote o recurso cabível.

Resolvendo:

Peça: Recurso Extraordinário

Fundamento: art. 102, III, da CF e arts. 26 a 29 da Lei 8.038/1990

Competência: *Interposição*: ao Presidente do STJ, *Razões*: STF.

Teses:

O Tribunal de Justiça, quando deu provimento ao apelo do Ministério Público, **violou a soberania dos veredictos,** que vigora no júri, já que os jurados apoiaram-se em prova favorável ao acusado.

3) FASE PÓS-PROCESSUAL (OU DE EXECUÇÃO)

AGRAVO EM EXECUÇÃO

01. *(OAB/SP 112) Quílon, por ter furtado um toca-fitas de um veículo que estava aberto e estacionado na via pública, fato ocorrido no dia 17 de janeiro de 1999, no bairro da Penha, tendo agido sozinho, foi condenado pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital à pena de 1 (um) ano de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, em regime fechado, já transitada em julgado.*

Também por furto de um toca-fitas, por delito perpetrado no dia 18 de janeiro de 1999, no mesmo bairro e mesmas condições que o delito anterior, foi condenado, de modo irrecorrível, pelo Meritíssimo Juiz da 2ª Vara Criminal da Capital à pena de 1 (um) ano de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, em regime fechado. Quílon encontra-se recolhido na Penitenciária do Estado de São Paulo em virtude de ostentar outras condenações por delitos diversos. Em fase de execução de sentença, por intermédio de Advogado, Quílon requereu a unificação de penas relativa aos delitos de furto ocorridos nos dias 17 e 18 de janeiro de 1999,

indeferida pelo Meritíssimo Juiz sob o argumento de que os crimes são graves.

QUESTÃO: Como advogado de Quílon, hoje intimado, adote a medida judicial cabível.

Resolvendo:

O art.71 do CP é claro ao especificar quais são os requisitos para a unificação de penas: pluralidade de ações (foram dois crimes), crimes da mesma espécie (furto simples), condições de tempo (menos de 30 dias entre um delito e outro), lugar (no bairro da Penha), maneira de execução (sempre sozinho e do mesmo modo) e outras semelhantes, não havendo, portanto, qualquer referência a gravidade do fato.

Em assim sendo, o Meritíssimo Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital indeferiu o pleito estribado em motivo não determinado pela lei, o que é inadmissível.

O recurso cabível é o AGRAVO, previsto no art.197 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que deverá ser interposto no juízo "a quo" para fins de retratação/reconsideração ou não e, se mantida a decisão, as razões do recurso são para o Tribunal de Justiça de São Paulo, argumentando que, ao contrário do decidido, estão presentes os pressupostos legais do artigo 71 do Código Penal, cumprindo, como consequência, ser aplicada apenas a pena de um dos crimes, que é de 1 (um) ano, acrescida de 1/6 (um sexto), restando unificadas em 1 (um) ano e 2 (dois) meses, o mesmo ocorrendo com a multa.

02. *(OAB/SP 130) João, condenado definitivamente por vários crimes de homicídio qualificado, roubo, latrocínio e sequestro, a 156 (cento e cinquenta e seis) anos de reclusão, iniciou o cumprimento de sua pena no dia 01.09.2006. Sob o argumento de que ele pertenceria a organização criminosa, o Ministério Público, no dia 04.09.2006, requereu sua colocação em regime disciplinar diferenciado pelo prazo de três anos. O juiz, no dia 05.09.2006, sem ouvir o sentenciado, acatou o pedido, e determinou o encaminhamento de João para penitenciária destinada ao cumprimento da pena no regime disciplinar diferenciado.*

Resolvendo:

Peça: Agravo em Execução.

Endereçamento: Tribunal de Justiça de São Paulo.

Pedido: revogação da decretação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Teses:

I – inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição de tratamento cruel e, principalmente, sua inconstitucionalidade na modalidade pretendida, pois, logo após ingressar, foi o preso colocado nesse regime, sem que tivesse cometido qualquer falta disciplinar;

II – o prazo para a decretação do Regime Disciplinar Diferenciado é de no máximo trezentos e sessenta dias, sendo que sua prorrogação dependeria de nova avaliação após o transcurso do prazo.

03. *(OAB 2ª fase XIV Exame/FGV/2014) Mário foi condenado a 24 (vinte e quatro) anos de reclusão no regime inicialmente fechado, com trânsito em julgado no dia 20/04/2005, pela prática de latrocínio (artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal). Iniciou a execução da pena no dia seguinte. No dia 22/04/2009, seu advogado, devidamente constituído nos autos da execução penal, ingressou com pedido de progressão de regime, com fulcro no artigo 112 da Lei de Execuções Penais. O juiz indeferiu o pedido com base no artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, argumentando que o condenado não preencheu o requisito objetivo para a progressão de regime.*

Como advogado de Mário, responda, de forma fundamentada e de acordo com o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, aos itens a seguir:

A) Excetuando-se a possibilidade de Habeas Corpus, qual recurso deve ser interposto pelo advogado de Mário e qual o respectivo fundamento legal? (Valor: 0,40)

B) Qual a principal tese defensiva? (Valor: 0,85)

***Obs.:** o examinando deve fundamentar corretamente sua resposta. A simples menção ou transcrição do dispositivo legal não pontua.*

Gabarito comentado (FGV)

A questão objetiva extrair do examinando conhecimento acerca da lei penal no tempo (regramento legal e entendimento jurisprudencial), bem como da execução penal.

Nesse sentido, relativamente à alternativa "A", o examinando deve indicar que o recurso a ser interposto é o agravo, previsto no artigo 197 da LEP.

Tendo em conta a própria natureza do Exame de Ordem, a mera indicação do dispositivo legal não será pontuada.

No que tange ao item "B", por sua vez, a resposta deve ser lastreada no sentido de que, de acordo com os verbetes 26 da súmula vinculante do STF e 471

da súmula do STJ, Mário, por ter cometido o crime hediondo antes da Lei 11.464/2007, não se sujeita ao artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, por se tratar de *novatio legis in pejus*, devendo ocorrer sua progressão de regime com base no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, observando o quantum de 1/6 de cumprimento de pena.

Cabe destacar que tal entendimento surgiu do combate ao artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, que previa o cumprimento de pena no regime integralmente fechado para os crimes hediondos ou equiparados. Após longo debate nos Tribunais Superiores, reconheceu-se a inconstitucionalidade da previsão legal, por violação ao princípio da individualização da pena, culminando na progressão de regime com o *quorum* até então existente, qual seja, 1/6 com base no artigo 112 da LEP.

O legislador pátrio, após o panorama jurisprudencial construído, alterou a redação do artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, autorizando a progressão de regime de forma mais gravosa para aqueles que cometeram crimes hediondos, por meio do cumprimento de 2/5 para os réus primários e 3/5 para os reincidentes.

No entanto, a nova redação conferida ao artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, por meio da Lei 11.464/2007, externa-se de forma prejudicial àqueles que cometeram crimes hediondos em data anterior a sua publicação, tendo em vista que os Tribunais Superiores autorizavam a sua progressão com o cumprimento de 1/6 da pena.

Diante dessa construção jurisprudencial, os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento por meio dos verbetes 26 da súmula vinculante do STF e 471 da súmula do STJ.

LIVRAMENTO CONDICIONAL

01. *(OAB-109º Exame) Manoel de Sassoferrato está condenado por homicídio qualificado a 12 (doze) anos de reclusão, e encontra-se recolhido na Penitenciária do Estado de São Paulo. Não é reincidente. Em ação própria na esfera cível reparou o dano. Já cumpriu mais de 2/3 (dois terços) da pena imposta, sempre com excelente comportamento carcerário, aprendeu ofício e já tem emprego certo para quando estiver em liberdade.*

QUESTÃO: Como advogado de Manoel de Sassoferrato lance mão da medida cabível visando sua libertação.

Resolvendo:

Peça: Livramento condicional com fundamento no art. 131 c/c art. 61da LEP.

Endereçamento: juiz da vara das execuções criminais de São Paulo.

Teses:

Manoel reúne os requisitos do art. 83, V, do CP, de maneira que poderá requerer a concessão do Livramento Condicional. Requerimento no sentido de que seja ouvido o Conselho Penitenciário, para, ao final, ser concedido o livramento condicional com expedição de carteira.

PROGRESSÃO DE REGIME

01. *(OAB/SP 132) Carlos foi processado e condenado com trânsito em julgado pela prática de homicídio simples (artigo 121, caput) praticado na cidade de Avaré, no ano de 2001, tendo sido condenado pelo Juiz de Avaré à pena de 6 anos de reclusão a ser cumprida em regime fechado, em face de sua condição de reincidente. Iniciada a execução de sua pena na Penitenciária de Avaré, passaram-se exatos 2 anos desde o início do cumprimento da sua pena no regime fechado, ainda não pleiteando Carlos qualquer benefício no âmbito da execução penal, não obstante o seu bom comportamento na prisão e a existência da Vara de Execução na cidade de Avaré.*

QUESTÃO: Como advogado de Carlos, faça a peça adequada.

Resolvendo:

Peça: Pedido de Progressão de Regime com fundamento no art.112 da Lei de Execuções Penais.

Competência: juiz da vara das execuções criminais de Avaré.

Teses:

O condenado faz jus ao benefício, uma vez que cumprido o requisito objetivo, qual seja, ficou na prisão ao menos 1/6 da pena de 6 anos, no caso já tendo cumprido 2 anos, estando preenchido também o requisito subjetivo, vez que o problema confirma que o condenado teve bom comportamento durante os 2 anos no cárcere, a ensejar a solicitação ao juiz para passar ao regime semi-aberto, vez que ele foi condenado no regime fechado porquanto era reincidente. Destaque-se não ser cabível a interposição do livramento condicional porquanto ainda não preencheu o requisito objetivo que consiste em cumprir mais de 1/3 da pena – vez que não cumpriu ainda mais de 1/3 da pena, mas sim exatos 1/3 da pena, não preenchendo também o artigo 83, inciso I, do Código Penal, porquanto se trata de cliente que não ostenta bons antecedentes, tanto que reincidente, sendo cabível apenas o livramento condicional, caso tivesse cumprido mais de metade da pena, o que não ocorreu, a corroborar ser a medida adequada.

REVISÃO CRIMINAL

01. (OAB/Exame 109) *João da Silva foi condenado, por sentença transitada em julgado, a cumprir 06 (seis) anos de reclusão em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do artigo 213 caput do Código Penal, eis que teria constrangido Maria Soares à conjunção carnal mediante grave ameaça.*

Decorrido 01 (um) ano do trânsito em julgado e encontrando-se João em cumprimento de pena, Maria confidenciou à sua amiga Joana Gonçalves que antes dos fatos, já namorava João e que com ele havia mantido relacionamento sexual por sua própria vontade. Relatou também, que o acusou de crime, porque João rompera definitivamente com o namoro. Joana Gonçalves imediatamente procurou os familiares de João transmitindo-lhes os fatos que integram a justificação criminal já realizada.

QUESTÃO*: Como advogado de João da Silva tome a providência judicial cabível.*

Resolvendo:

Peça: Revisão Criminal com fundamento no art. 621, III, do CPP.

Competência: *Interposição*: Ao Egrégio TJ.

Prazo para interposição: não há prazo.

Teses: Novas provas.

Pedido:

Que julgada procedente ação revisional, para absolver o revisionado, com fundamento nos art. 626 e 386, IV, do CPP.

CAPÍTULO 6

RESOLVENDO CASOS PRÁTICOS

Considerando que a prova do exame de ordem da 2ª fase é constituída de casos práticos e, levando em consideração que "é praticando que se aprende", neste capítulo vamos apresentar algumas questões de provas anteriores, tanto da 1ª, como da 2ª fase, acrescidas de alguns comentários, objetivando uma melhor compreensão do que foi estudado e, ao mesmo tempo, fazer com que o candidato se familiarize com o estilo de prova a que vai se submeter.

6.1 DIREITO PENAL

6.1.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

01. (OAB 1ª fase- XV exame/FGV-2014) Matheus foi denunciado pela prática dos crimes de tráfico de drogas Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) e associação para o tráfico (Art. 35, caput, da Lei nº 11.343/2006), em concurso material. Quando da realização da audiência de instrução e julgamento, o advogado de defesa pleiteou que o réu fosse interrogado após a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, como determina o Código de Processo Penal (Art. 400 do CPP, com redação dada p 11.719/2008), o que seria mais benéfico à defesa. O juiz singular indeferiu a inversão do interrogatório, sob a alegação de que a norma aplicável à espécie seria a Lei nº 11.343/2006, a qual prevê, em seu Art. 57, que o réu deverá ser ouvido no início da instrução.

Nesse caso,

B) o juiz agiu corretamente, eis que o interrogatório, em razão do princípio da especialidade, deve ser o primeiro ato da instrução nas ações penais instauradas para a persecução dos crimes previstos na Lei de Drogas.

02. (Juiz-TJ-RJ/VUNESP/ 2011) *O agente que mata alguém, por imprudência, negligência ou imperícia, na direção de veículo automotor, comete o crime previsto no art. 302, da Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), e não o crime previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal. Assinale, dentre os princípios adiante mencionados, em qual deles está fundamentada tal afirmativa.*

c) Princípio da especialidade.

Resolvendo:

O princípio da especialidade é um dos princípios que solucionam o conflito aparente de normas. Tem como finalidade afastar a norma geral para aplicar a especial.

Segundo Fenando Capez (2010, p.90), "*o princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece 'in abstracto', pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto em concreto das leis que descrevem o mesmo fato.*"

PRINCÍPIO DA ULTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

(Juiz-TJ-SP/VUNESP/2011) *Antônio, quando ainda em vigor o inciso VII, do art. 107, do Código Penal, que contemplava como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o agente, posteriormente revogado pela Lei n.º 11.106, publicada no dia 29 de março de 2005, estuprou Maria, com a qual veio a casar em 30 de setembro de 2005. O juiz, ao proferir a sentença, julgou extinta a punibilidade de Antônio, em razão do casamento com Maria, fundamentando tal decisão no dispositivo revogado (art. 107, VII, do Código Penal). Assinale, dentre os princípios adiante mencionados, em qual deles fundamentou-se tal decisão.*

d) Princípio da ultratividade da lei penal benéfica

Resolvendo:

Como no ordenamento jurídico brasileiro a lei só produzirá efeito até o término de sua vigência, o *princípio da ultratividade da lei penal benéfica* deve ser aplicado neste caso, visto que o fato acorreu antes da revogação do art. 107, VII, do Código Penal.

A respeito desse princípio, Fenando Capez (2010, p.53) o conceitua como:

"*O fenômeno jurídico pelo qual a lei regula todas as situações ocorridas durante seu período de vida, isto é, de vigência, denomina-se atividade. A atividade da lei é a regra. Quando a lei regula situações fora de seu período de vigência, ocorre a chamada extra-atividade, que é a exceção*".

PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

01. ***(OAB 1ª fase/2013.2)*** *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 Arrozinho 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?*

b) Não, pois no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras só se aplicam no território nacional.

Resolvendo:

Segundo o princípio da territorialidade (art. 5º do CP), a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a editou, não importando a nacionalidade do sujeito ativo ou passivo.

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

01. *(OAB 1ª fase/Exame X) Jane, dirigindo seu veículo dentro do limite de velocidade para a via, ao efetuar manobra em uma rotatória, acaba abalroando o carro de Lorena, que, desrespeitando as regras de trânsito, ingressou na rotatória enquanto Jane fazia a manobra. Em virtude do abalroamento, Lorena sofreu lesões corporais. Nesse sentido, com base na teoria da imputação objetiva, assinale a afirmativa correta.*

c) Jane não pode ser responsabilizada pelo resultado com base no princípio da confiança.

Resolvendo:

Segundo Capez (2012), o *princípio da confiança funda-se na premissa de que todos devem esperar que as outras pessoas sejam responsáveis e atuem de acordo com as normas da sociedade, visando evitar danos a terceiros*.[38]

Cita-se como exemplo o caso do pedestre que, ao atravessar a rua sobre a faixa determinada para a sua passagem, acredita firmemente que o motorista que está parado no sinal vermelho lá permanecerá. (SANTOS)

02. ***(Juiz/TJ-TO/CESPE/ 2007)*** *Geraldo, na festa de comemoração de recém-ingressos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Tocantins, foi jogado, por membros da Comissão de Formatura, na piscina do clube em que ocorria a festa, junto com vários outros calouros. No entanto, como havia ingerido substâncias psicotrópicas, Geraldo se afogou e faleceu. Considerando a situação hipotética acima e com base no direito penal e processual penal, assinale a opção correta. (questão adaptada)*

d) De acordo com a teoria da imputação objetiva, vigora o princípio da confiança, o que não ocorreu no caso em apreço, pois a vítima se afogou em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, assim, de forma contrária aos padrões esperados e, desse modo, afastando a responsabilidade dos membros da comissão de formatura.

Resolvendo:

À luz da teoria da imputação objetiva, a ingestão de substâncias psicotrópicas caracteriza uma autocolocação em risco, circunstância excludente da responsabilidade criminal, por ausência do nexo causal.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, que tem como sinônimo as expressões "*bem de pequeno valor*" e "*bem de valor insignificante*", tem como consequência jurídica excluir a tipicidade penal por ausência de **tipicidade material**.

> **ATENÇÃO!!!** **Guarde essas duas palavras**: **ATIPICIDADE MATERIAL**, pois no XI exame a FGV pontou na questão 0,6 por elas.

[38] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1. Saraiva, 2013.

Em PROL de condutas ínfimas, o STF adotou os seguintes requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância:

-nenhuma de **P**ericulosidade social da ação

-reduzido grau de **R**eprovabilidade do comportamento

-mínima **O**fensividade da conduta

-inexpressividade da **L**esão jurídica.

DICA: memorize as letras grifadas: **PROL.**

Entretanto, o furto de um objeto, mesmo que seja de pequeno valor, por exemplo, um chapéu e um facão, **em horário de repouso noturno**, não pode ser considerado penalmente irrelevante. Em tal conduta, não é mínima a ofensividade nem desprovida de periculosidade social nem inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Para a incidência do princípio da insignificância, não é bastante apenas o valor da coisa subtraída, mas também a forma se deu a conduta do agente.

Princípio da insignificância nos crimes tributários

No caso de crimes tributários, prevalece o entendimento do STF que se deve aplicar o que dispõe a Portaria nº 75/2012, que determina que em tais crimes não se deve ajuizar ações de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a **R$ 20.000,00**.

ATENÇÃO!!

Principio da insignificância nos crime de trânsito e de violência doméstica:

O STJ admite a insignificância de pequenas lesões causadas culposamente, mormente em acidentes de trânsito. Não se admite quando a lesão for provocada com violência doméstica (AgRg no AREsp 19042/DF – DJ 14.02.2012)

01. (OAB- 2ª fase/XI exame/FGV/2013) *O Ministério Público ofereceu denúncia contra Lucile, imputando-lhe a prática da conduta descrita no Art. 155, caput, do CP. Narrou, a inicial acusatória, que no dia 18/10/2012 Lucile subtraiu, sem violência ou grave ameaça, de um grande estabelecimento comercial do ramo de venda de alimentos, dois litros de leite e uma sacola de verduras, o que totalizou a quantia de R$10,00 (dez reais). Todas as exigências legais foram satisfeitas: a*

denúncia foi recebida, foi oferecida suspensão condicional do processo e foi apresentada resposta à acusação. O magistrado, entretanto, após convencer-se pelas razões invocadas na referida resposta à acusação, entende que a fato é atípico. Nesse sentido, tendo como base apenas as informações contidas no enunciado, responda, justificadamente, aos itens a seguir.

B) Qual é o elemento ausente que justifica a alegada atipicidade?

Resolvendo:

Nos termos do artigo 397, III do CPP, o magistrado deverá proferir absolvição sumária, reconhecendo que o fato narrado evidentemente não constitui crime, por se tratar de infração bagatelar,

Muitos candidatos fundamentaram a questão, inclusive apontado os requisitos estabelecidos pele STF, mas a banco só pontua a resposta que expressamente colocou a frase: **AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL.**

02. (OAB 1ª fase/2011.2) *Jefferson, segurança da mais famosa rede de supermercados do Brasil, percebeu que João escondera em suas vestes três sabonetes, de valor aproximado de R$ 12,00 (doze reais). Ao tentar sair do estabelecimento, entretanto, João é preso em flagrante delito pelo segurança, que chama a polícia. A esse respeito, assinale a alternativa correta.*

b) A conduta de João não constitui crime, uma vez que o fato é materialmente atípico.

Resolvendo:

Nesse caso, há que se verificar a incidência do princípio da Insignificância. Quando a lesão produzida ao bem jurídico tutelado for ínfima, isto é, irrisória, pequena, mínima, ocorre, como consequência dessa conduta a atipicidade do fato.

03. (Procurador TCE-BA/CESPE – 2010) *Considere que o prefeito de determinado município tenha emitido ordem de fornecimento de 20 L de combustível, a ser pago por esse município, a indivíduo que não era funcionário público nem estava realizando qualquer serviço público e que conduzia veículo privado nos termos da tipificação estipulada pelo Decreto-Lei n.º 201/1967. Nessa situação, segundo precedente do STJ, não se aplica o princípio da insignificância, pois, quando há crime contra a administração pública, o bem penal tutelado não é somente de ordem patrimonial, mas também relacionado à proteção da moral administrativa.*

Resolvendo:

Questão considerada correta pela banca, tendo como argumento o princípio da moralidade administrativa e o resguardo do patrimônio público, segundo posição do STJ. (HC 115.562/SC, DJe 21/06/2010).

04. ***(TJ-AP, juiz, 2009, FCC)*** *Se aceita a adoção do princípio da insignificância em caso de furto de bagatela, a hipótese será de*

a) Absolvição por atipicidade material da conduta.

05. ***(Inspetor Polícia Civil/CE/CESPE/2012)*** *Considere que Lúcio, mediante o uso de faca do tipo peixeira, tenha constrangido Maria a entregar-lhe o valor de R$ 2,50, sob a justificativa de estar desempregado e necessitar do dinheiro para pagar o transporte coletivo. Nesse caso, segundo entendimento do STF quanto ao princípio da insignificância, Lúcio, se processado, deverá ser absolvido por atipicidade da conduta? Justifique sua resposta (questão adaptada).*

Resolvendo:

No presente caso, como **houve emprego de violência**, Lúcio não pode ser absolvido sob a alegação do princípio da insignificância.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

MUITA ATENÇÃO!

Sempre que a banca trouxer uma situação em que o **agente está sendo acusado porque praticou mais de uma conduta** (concurso material – art. 70, CP), o candidato dever fica atento, pois pode tratar-se de um **CONFLITO APARENTE DE NORMAS**, o que pode configurar *bis in idem*, em caso de possível condenação.

Para evitar que haja dupla punição pelo mesmo fato, o ordenamento jurídico brasileiro aponta 04 princípios para a solução do conflito:

1º **Principio da especialidade** => prevalece a NORMA ESPECIAL (tem mais elementos. Ex.: art. 123 do CP) sobre a geral (é menos específica. Ex. art. 121 do CP). Ex.: agente que é processado por pichação em patrimônio público (art. 65 da Lei nº 9.605/98) e, consequentemente por crime de dano qualificado (art. 163, III, do CP), deve responder apenas por pichação.

2º **Principio da subsidiariedade** => a norma subsidiária (menos ampla) é absolvida pela NORMA PRIMÁRIA (mais ampla) Ex.: agente que, ao

atirar em alguém, é processado por disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/2003 e tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II, ambos do CP). O crime praticado pelo disparo da arma de fogo é absolvido pelo crime de tentativa de homicídio. O agente responde apenas por tentativa de homicídio.

3º **Principio da alternatividade (**ou **tipo misto alternativo)** => Quando os tipos penais contêm várias condutas típicas, ex.: arts. 28 e 33 da ei 11.343/2006, o acusado deve ser processado apenas pela prática de um único crime.

4º **Principio da consunção[39] (**ou **absorção)** => o CRIME MAIOR absolve o menor. Incidirá quando, entre duas normas, houver uma que se constitui em ato preparatório, meio necessário, fase da execução ou mero exaurimento de outro fato descrito por norma mais amplo.

Ocorre em:

-***crimes progressivos*** => o agente desejar sempre o resultado mais grave (resultado menos grave é absolvido pelo mais grave. Ex.: homicídio absolve a lesão grave);

-***progressão criminosa*** => mesmo produzido o resultado desejado, o agente continua sua empreitada (Ex.: desejava causar lesões corporais, mas acaba por matar a vítima. Homicídio absolve as lesões);

-***crime-meio é absorvido pelo crime-fim*** => agente utiliza arma de fogo para praticar homicídio. "*No delito de homicídio, a utilização da arma de fogo para ceifar a vida da vítima constitui meio necessário e natural desdobramento da conduta tipificada no artigo 121 do Código Penal, não se punindo a posse ilegal, de per si, em face do princípio da consunção, através do qual o* ***delito-meio resta absorvido pelo crime-fim****, no caso, o homicídio qualificado.*" (Apelação Criminal nº. 1.0134.06.071718-5/001, Rel. Des. Eduardo Brum); e

- ***fato posterior não punível*** => o agente consumou a conduta (ex.: queria furtar uma moto e conseguiu). Entretanto, resolve vender a moto. Neste caso, a venda da moto configura apenas exaurimento, devendo responder apenas pelo furto (art. 155 do CP).

[39] Assunto cobrado na prova de dezembro de 2020

O **Princípio da consunção** é o que mais vem sendo cobrado pela FGV.

01. ***(VII Exame Unificado/FGV)*** *Ricardo foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 1º da lei n. 8.137/90, em concurso material com o crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP). Isso porque, conforme narrado na inicial acusatória e confessado pelo réu no interrogatório, obteve, em determinado estado da federação, licenciamento de seu veículo de modo fraudulento, já que indicou endereço falso. Assim agiu porque queria pagar menos tributo, haja vista que a alíquota do IPVA seria menor. Ao cabo da instrução criminal, Ricardo foi condenado nos exatos termos da denúncia, sendo certo que todo o conjunto probatório dos autos era significativo e apontava para a responsabilização do réu. No entanto, atento às particularidades do caso concreto, o magistrado fixou as penas de ambos os delitos no patamar mínimo previsto nos tipos penais, resultando a soma em 03 anos de pena privativa de liberdade.*

Como advogado (a) de Ricardo, você deseja recorrer da sentença. Considerando apenas os dados descritos na questão, indique o(s) argumento(s) que melhor atenda(m) aos interesses de seu cliente. (Valor: 1,25)

Gabarito comentado:

A questão objetiva avaliar o conhecimento acerca dos **princípios relativos ao conflito aparente de normas**. Há de se levar em consideração que problemáticas não narradas no enunciado não podem ser objeto de exigência. Assim, nos termos da questão, levando em conta apenas os dados fornecidos, o examinando somente fará jus à pontuação integral se desenvolver argumentação lastreada no **princípio da consunção** (ou princípio da absorção).

Deverá, igualmente, demonstrar conhecimento de que o crime descrito no art. 299 do CP (falsidade ideológica) teria constituído meio para o cometimento do delito-fim (crime contra a ordem tributária – art. 1º da Lei n. 8.137/90), de tal modo que a vinculação entre a falsidade ideológica e o crime contra a ordem tributária permitiria reconhecer, em referido contexto, a preponderância desse último. Consequentemente, Ricardo somente deveria responder pelo delito previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Acerca desse ponto e com o intuito de privilegiar o desenvolvimento do raciocínio, não será cobrado o inciso preciso do mencionado artigo da Lei n. 8.137/90. Todavia, pelo mesmo motivo, eventual resposta que traga apenas a consequência (tipificação da conduta de Ricardo), de maneira isolada e dissociada da correta argumentação e desenvolvimento, não poderá ser pontuada.

Por fim, teses contraditórias no desenvolvimento da aplicação do **princípio da consunção** maculam a integralidade da questão. Todavia, com o fim de privilegiar a demonstração de conhecimento correto, não serão descontados pontos pela alegação de teses subsidiárias, ainda que inaplicáveis ao caso, desde que não configurem respostas contraditórias.

6.1.2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

01. (OAB 2ª fase/Exame unificado 2009.2) *Divino foi condenado definitivamente à pena privativa de liberdade de 1 ano de detenção, pela prática do delito previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/1976 (uso de substância entorpecente). Antes de se iniciar o cumprimento da pena, foi publicada a Lei n.º 11.343/2006 (nova lei de drogas), na qual não está prevista pena privativa de liberdade para condutas análogas à praticada por Divino, mas, tão somente, as medidas previstas no art. 28.*

Nessa situação hipotética, que argumento jurídico o(a) advogado(a) de Divino poderia utilizar para pleitear a aplicação da nova lei?

Qual seria o juízo competente para decidir sobre a referida aplicação? Fundamente ambas as respostas.

Resolvendo:

A nova lei deverá retroagir, pois se trata de *novatio legis in mellius*. Assim, caberá ao juízo das execuções penais (Súmula 611 do STF) determinar a substituição da pena privativa de liberdade imposta pelas medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Nos termos do art. 66, I, da LEP, bem como da Súmula 611 do STF, compete ao juízo da execução criminal, após o trânsito em julgado da condenação, aplicar lei penal mais benigna.

02. (OAB 1ª fase/XI Exame 2013) *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.*

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.

Resolvendo:

O § 1º do art. 7º do CP aduz que:

> *§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.*

LEI TEMPORÁRIA

(OAB XIX Exame/FGV/2016) *Em razão do aumento do número de crimes de dano qualificado contra o patrimônio da União (pena: detenção de 6 meses a 3 anos e multa), foi editada uma lei que passou a prever que, entre 20 de agosto de 2015 e 31 de dezembro de 2015, tal delito (Art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal) passaria a ter pena de 2 a 5 anos de detenção. João, em 20 de dezembro de 2015, destrói dolosamente um bem de propriedade da União, razão pela qual foi denunciado, em 8 de janeiro de 2016, como incurso nas sanções do Art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.*

Considerando a hipótese narrada, no momento do julgamento, em março de 2016, deverá ser considerada, em caso de condenação, a pena de

B) 2 a 5 anos de detenção, pois a lei temporária tem ultratividade gravosa.

Resolvendo:

Ver art. 3º do CP.

6.1.3 TEORIA DO CRIME

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE: TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA, *TEORIA DA CONDITIO SINE QUA NON* E FATO ATÍPICO (ART. 13 DO CP)

01. (OAB 1ª fase /XIV Exame /2014) *Wallace, hemofílico, foi atingido por um golpe de faca em uma região não letal do corpo. Júlio, autor da facada, que não tinha dolo de matar, mas sabia da condição de saúde específica de Wallace, sai da cena do crime sem desferir outros golpes, estando Wallace ainda vivo. No entanto, algumas horas depois, Wallace morre, pois, apesar de a lesão ser em local não letal, sua condição fisiológica agravou o seu estado de saúde.*

*Acerca do **estudo da relação de causalidade**, assinale a opção correta.*

A) O fato de Wallace ser hemofílico é uma causa relativamente independente preexistente, e Júlio não deve responder por homicídio culposo, mas, sim, por lesão corporal seguida de morte.

Resolvendo:

Inicialmente temos de saber qual era a intenção (*animus*) do autor do fato. A questão diz que Wallace "**não tinha dolo de matar**", mas sabia que a vítima era hemofílica. Logo, não havia dolo na conduta de Wallace. Entretanto o autor do fato tinha alguma intenção, qual seja: causar no mínimo uma lesão, já que "deu uma golpe em uma região não letal do corpo". Deste modo, conclui-se que a intenção de Wallace era causar lesão corporal, jamais a morte de Júlio.

Quando a morte é ocasionada em decorrência de uma lesão corporal provocada temos o instituto da LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. Sobre esse assunto, o Código Penal, em seu art. 129, § 3°, dispõe o seguinte:

> *§ 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:*
>
> *Pena - reclusão, de quatro a doze anos.*

Deste modo, o Wallace deve responder por lesão corporal seguida de morte e não por homicídio.

Quanto ao fato de Júlio ser hemofílico, trata-se de "superveniência de causa relativamente independente pré-existente", conforme o art. 13, § 1º, do CP.

> ***Art. 13**. ...*
>
> ***Superveniência de causa independente***
>
> *§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os **fatos anteriores**, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*

Como o resultado morte foi ocasionado em decorrência da lesão (fato anterior) causada por Wallace, a amputação do fato não fica excluído, visto que o resultado não foi ocasionado somente pelo fato da vítima ser hemofílico, mas da conduta do agente.

Caso *Wallace* fosse denunciado por homicídio, o candidato deveria fazer um **RESE pedindo a DESCLASSIFICAÇÃO de crime de homicídio para lesão corporal seguida de morte** e, consequentemente, pedir para o juiz da vara do júri enviar o caso para o juiz singular.

02. (OAB 2ª fase/FGV/2017.1) *Paulo e Júlio, colegas de faculdade, comemoravam juntos, na cidade de São Gonçalo, o título obtido pelo clube de futebol para o qual o primeiro torce. Não obstante o clima de*

confraternização, em determinado momento, surgiu um entrevero entre eles, tendo Júlio desferido um tapa no rosto de Paulo. Apesar da pouca intensidade do golpe, Paulo vem a falecer no hospital da cidade, tendo a perícia constatado que a morte decorreu de uma fatalidade, porquanto, sem que fosse do conhecimento de qualquer pessoa, Paulo tinha uma lesão pretérita em uma artéria, que foi violada com aquele tapa desferido por Júlio e causou sua morte. O órgão do Ministério Público, em atuação exclusivamente perante o Tribunal do Júri da Comarca de São Gonçalo, denunciou Júlio pelo crime de lesão corporal seguida de morte (Art. 129, § 3º, do CP).

Considerando a situação narrada e não havendo dúvidas em relação à questão fática, responda, na condição de advogado(a) de Júlio:

A) É competente o juízo perante o qual Júlio foi denunciado? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Qual tese de direito material poderia ser alegada em favor de Júlio? Justifique. (Valor: 0.60) Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito comentado (FGV)

A) O(A) examinando(a) deve concluir pela incompetência do Juízo, tendo em vista que o crime praticado não é doloso contra a vida. Nos termos do Art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (ou Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da CRFB), ao Tribunal do Júri cabe apenas o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e os conexos. No caso, mesmo de acordo com a imputação contida na denúncia, o resultado de morte foi culposo; logo, a competência é do juízo singular.

B) O(A) examinando(a) deve defender que não poderia Júlio responder pelo crime de lesão corporal seguida de morte, porque aquele resultado não foi causado a título de dolo nem culpa. O crime de lesão corporal seguida de morte é chamado de preterdoloso. A ação é dirigida à produção de lesão corporal, sendo o resultado morte produzido a título de culpa. Costuma-se dizer que há dolo no antecedente e culpa no consequente. Um dos elementos da culpa é a previsibilidade objetiva, somente devendo alguém ser punido na forma culposa quando o resultado não querido pudesse ser previsto por um homem médio, sendo que a ausência de previsibilidade subjetiva, capacidade do agente, no caso concreto, de prever o resultado, repercute na culpabilidade. Na hipótese, não havia previsibilidade objetiva, o que impede a tipificação do delito de lesão corporal seguida de morte. Também poderia o candidato responder que havia uma concausa preexistente, relativamente independente, desconhecida, impedindo Júlio de responder pelo resultado causado. Em princípio, a concausa relativamente independente preexistente não impede a punição do agente pelo crime consumado. Contudo,

deve ela ser conhecida do agente ou ao menos existir possibilidade de conhecimento, sob pena de responsabilidade penal objetiva.

03. ***(Juiz-TJ-AC/CESPE/2007)*** *Roberto, com intenção de matar Marcelo, acelerou seu veículo automotor em direção à vítima, que, em consequência, sofreu traumatismo craniencefálico. Internado em hospital particular, Marcelo, no decurso do tratamento, veio a falecer em virtude de uma broncopneumonia que contraiu nesse período. Com referência a essa situação hipotética, julgue o item considerando a natureza da causa superveniente da morte de Marcelo e o tipo de homicídio doloso pelo qual Roberto deverá responder (questão adaptada).*

I) relativamente independente – consumado

Resolvendo:

O art. 13 do CP dispõe que a causa posterior relativamente independente rompe o nexo causal, mas somente quando a nova causa, por si só, provoca o resultado. Dessa forma, se essa causa for desdobramento da primeira, o agente deve ser responsabilizado pelo resultado mais grave, v.g., morte resultante de infecção hospitalar.

04. (MP-AP/2005) *Joaquim atropela Raimundo que veio a falecer em decorrência da ingestão de veneno, tomado pouco antes de ser atropelado. Do enunciado é certo aduzir:*

b) Há a exclusão da causalidade decorrente da conduta – causa absolutamente independente – mas responderá pela lesão corporal sofrida pelo Raimundo.

Resolvendo:

O art. 13 do Código Penal estabelece que "*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".*

Trata-se da **Teoria da equivalência das condições**, ou c***ondicion sine qual non*** adotada pelo CP.

O §1º do art. 13 trata da superveniência de causa independente, dispondo que,

> *§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*

Frisa-se que as causas supervenientes podem ser **absolutamente independentes** e **relativamente independentes**.

Conforme Rogério Greco (2013), **causa absolutamente independente** é aquela que teria acontecido, vindo a produzir o resultado, mesmo se não tivesse havido qualquer conduta por parte.

Já a **relativamente independentes**, segundo o autor , é aquela causa que somente tem a possibilidade de produzir o resultado se for conjugada com a conduta do agente.

FATO ATÍPICO

01. (OAB 1ª fase/2011.1) *Osíris, jovem universitária de Medicina, soube estar gestante. Todavia, tratava-se de gravidez indesejada, e Osíris queria saber qual substância deveria ingerir para interromper a gestação. Objetivando tal informação, Osíris estimulou uma discussão em sala de aula sobre o aborto. O professor de Osíris, então, bastante animado com o interesse dos alunos sobre o assunto, passou também a emitir sua opinião, a qual era claramente favorável ao aborto. Referido professor mencionou, naquele momento, diversas substâncias capazes de provocar a interrupção prematura da gravidez, inclusive fornecendo os nomes de inúmeros remédios abortivos e indicando os que achava mais eficazes. Além disso, também afirmou que as mulheres deveriam ter o direito de praticar aborto sempre que achassem indesejável uma gestação. Nesse sentido, considerando-se apenas os dados mencionados, é correto afirmar que o professor de Osíris praticou*

d) fato atípico.

Resolvendo:

A princípio, a conduta do professor de Osíris está tipificada no art. 286 do CP; porém tal conduta exige que o agente atue com intenção de ESTIMULAR, o que não foi o caso do professor, já que este agiu apenas com intenção de esclarecer as dúvidas de Isíris. Logo, não há dolo na conduta do professor, sendo sua conduta atípica.

Neste caso, **o juiz deve absolver o réu**. O pedido dever ser fundamentado em um dos dispositivos seguintes do CPP: art. 397, III (para resposta à acusação) ou art. 386, III (para memoriais em diante).

02. (Agente de Polícia/RN/CESPE/2008) *Manoel dirigia seu automóvel em velocidade compatível com a via pública e utilizando as cautelas necessárias quando atropelou fatalmente um pedestre que, desejando*

cometer suicídio, se atirou contra seu veículo. Com relação a essa situação hipotética,

e) Manoel não praticou crime, na medida em que não houve previsibilidade na conduta da vítima.

Resolvendo:

Trata-se de culpa exclusiva da vítima.

OMISSÃO

01. ***(OAB 1ª fase/XIV Exame/2014)*** *Isadora, mãe da adolescente Larissa, de 12 anos de idade, saiu um pouco mais cedo do trabalho e, ao chegar à sua casa, da janela da sala, vê seu companheiro, Frederico, mantendo relações sexuais com sua filha no sofá. Chocada com a cena, não teve qualquer reação. Não tendo sido vista por ambos, Isadora decidiu, a partir de então, chegar à sua residência naquele mesmo horário e verificou que o fato se repetia por semanas. Isadora tinha efetiva ciência dos abusos perpetrados por Frederico, porém, muito apaixonada por ele, nada fez. Assim, Isadora, sabendo dos abusos cometidos por seu companheiro contra sua filha, deixa de agir para impedi-los.*

Nesse caso, é correto afirmar que o crime cometido por Isadora é

A) omissivo impróprio.

Resolvendo:

Crime comissivo: Advém de uma ação positiva (ato de fazer).

Crimes Omissivos: Advém de uma omissão, independentemente de qualquer resultado, e imputados a qualquer pessoa.

Crime omissivo impróprio: É aquele em que uma omissão inicial do agente dá causa a um resultado posterior, o qual o agente tinha o dever jurídico de evitá-lo. É o que acontece quando a mãe de uma criança deixa de alimentá-la, provocando a sua morte. Neste caso, a mãe responderá pelo crime de homicídio, já que tinha o dever jurídico de alimentar seu filho.

Crime omissivo próprio: É o crime que se perfaz pela simples abstenção do agente, independentemente de um resultado posterior, como acontece no crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal, que resta consumado pela simples ausência de socorro. O agente se omite quando deve e pode agir.

04. (Juiz de Direito/M.Grosso/CESPE/2006) *Alice, em sua casa, viu o filho da vizinha, de três anos, jogar-se na piscina e afogar-se, o que o levou à morte. Nessa situação, mesmo quedando-se inerte, nada tendo feito para evitar a produção do resultado,*

c) Alice não responderá por homicídio, uma vez que não tinha o dever de evitar o resultado.

Resolvendo:

O § 2º do art.13 do CP dispõe que:

> ***Art. 13.***
>
> ***Relevância da omissão***
>
> *§ 2º A* ***omissão é penalmente relevante*** *quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*
>
> *a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
>
> *c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

Embora Alice tenha sido omissa, da leitura do dispositivo acima se extrai que ela não se enquadra em nenhuma das situações previstas. Logo, sua conduta é atípica.

Neste caso, **o juiz deve absolver o réu**. O pedido dever ser fundamentado em um dos dispositivos seguintes do CPP: art. 397, III (para resposta à acusação); art. 386, III (para memoriais em diante).

INTER CRIMINIS - ATOS PREPARATÓRIOS

01. (TJ-MG 2000) *Dois ladrões chegaram de carro em frente a uma residência para a prática do crime de furto. Porém, antes de descerem do veículo, foram obstados pela polícia, que os observava, e, levados para a Delegacia, lavrou-se o auto de prisão em flagrante. Em relação aos agentes, marque a alternativa correta.*

c) A intenção dos agentes constitui mero ato preparatório impunível.

TENTATIVA - ART. 14, II, CP

01. (OAB/VII Exam.2012.1) *FILOLAU, querendo estuprar FILOMENA, deu início à execução do crime de estupro, empregando grave ameaça à*

vítima. Ocorre que ao se preparar para o coito vagínico, que era sua única intenção, não conseguiu manter seu pênis ereto em virtude de falha fisiológica alheia à sua vontade. Por conta disso, desistiu de prosseguir na execução do crime e abandonou o local. Nesse caso, é correto afirmar que

d) Filolau deve responder por tentativa de estupro.

Resolvendo:

O crime só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente e não por sua vontade própria. Assim, FILOLAU deve responder por tentativa de estupro conforme prevê o art. 213 c/c art. 14, II, do CP.

CUIDADO! Sempre devemos analisar qual era a intenção do agente. Nesse caso, a intenção do agente era estuprar. Como não conseguiu, em virtude de fator psicológico, deve responder por tentativa de estupro.

NÃO ESQUEÇA:

A pena do crime tentado equivale a pena do consumado, diminuída de um a dois terços (par.único do art. 14 CP)

Delitos que não admitem tentativa:

Contravenções (art. 4º da LCP)

Culposos Ex.: art. 121, § 3º, CP)

Habituais (Ex.: arts. 229, 230, 284, CP)

Omissivos próprios (Ex.: art. 135, CP)

Unissubsistentes (Ex.: Injúria verbal)

Preterdolosos (Ex.: art. 129, § 3º, CP), entre outros.

=>**Macete: C**on**CHOUP** o bicho pega!

02. (OAB-FGV/2010.2- Adaptada) *Pedro, almejando a morte de José, contra ele efetua disparo de arma de fogo, acertando na região toráxica. José vem a falecer, entretanto, não em razão do disparo recebido, mas porque com intenção suicida, havia ingerido dose letal de veneno momentos antes de sofrer a agressão, o que foi comprovado durante instrução processual. Ainda assim, Pedro foi pronunciado nos termos do previsto no artigo 121, caput, do Código Penal. Qual a argumentação visando a melhoria da situação jurídica do defendido deve ser usada?*

Resolvendo:

Quanto à argumentação, trata-se de **causa absolutamente independente pre-existente**, que rompe o nexo de causalidade para a imputação do crime consumado. Tendo em vista que a suposta vítima teria ingerido veneno antes da conduta do agente, o que foi a causa de sua morte, Pedro não poderá responder pelo homicídio consumado, mas tão somente pela tentativa.

No caso em tela, considerando que Pedro foi denunciado por homicídio, deve-se requerer a desclassificação de crime consumado para tentado, nos termos do art. 13 do CP.

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – ART. 15

01. (OAB 1ª fase/2010.3) *MARCUS, visando roubar MARIA, a agride, **causando-lhe lesões corporais de natureza leve**. Antes, contudo, de subtrair qualquer pertence, MARCUS decide abandonar a empreitada criminosa, pedindo desculpas à vítima e se evadindo do local. MARIA, então, comparece à delegacia mais próxima e narra os fatos à autoridade policial. No caso acima, o delegado de polícia:*

d) deverá lavrar termo circunstanciado pelo crime de lesões corporais de natureza leve.

Resolvendo:

Como MARCUS decidiu abandonar a empreitada criminosa, ou seja, deixou de executar o delito por vontade própria, **houve desistência voluntária**, devendo responder pelos atos já praticados, no caso a **lesão corporal leve**, nos termos do art. 15 (2ª parte) c/c art. 129, §1º, do CP e art. 89 da Lei 9.099/9. Por se tratar de lesão corporal leve cujo delito é de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), necessário a lavratura do TC.

02. (OAB 2ª fase/XII exame/2012) *Félix, objetivando matar Paola, tenta desferir-lhe diversas facadas, sem, no entanto, acertar nenhuma. Ainda na tentativa de atingir a vítima, que continua a esquivar-se dos golpes, Félix aproveitando-se do fato de que conseguiu segurar Paola pela manga da camisa, empunha a arma. No momento, então, que Félix movimenta seu braço para dar o golpe derradeiro, já quase atingindo o corpo da vítima com a faca, ele opta por não continuar e, em seguida, solta Paola que sai correndo sem ter sofrido sequer um arranhão, apesar do susto.*

Nesse sentido, com base apenas nos dados fornecidos, poderá Félix ser responsabilizado por tentativa de homicídio? Justifique.

Gabarito FGV

O examinando deve responder que **Félix não deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio**, pois a hipótese narrada enquadra-se naquela descrita no art. 15 do CP, em sua primeira parte, ou seja, trata do instituto da desistência voluntária. Isso porque, conforme narrado no enunciado, percebe-se que o agente (Félix), desistiu de prosseguir na execução do delito quando ainda lhe sobrava, do ponto de vista objetivo, margem de ação. Assim, conforme o dispositivo legal supracitado, **Félix responderia apenas por eventuais atos praticados**. Note-se, entretanto, que os atos praticados pelo agente não traduzem a prática de crime, razão pela qual Félix não responde por nada.

03. (OAB – XIX Exame/ FGV/2016) *Durante uma discussão, Theodoro, inimigo declarado de Valentim, seu cunhado, golpeou a barriga de seu rival com uma faca, com intenção de matá-lo. Ocorre que, após o primeiro golpe, pensando em seus sobrinhos, Theodoro percebeu a incorreção de seus atos e optou por não mais continuar golpeando Valentim, apesar de saber que aquela única facada não seria suficiente para matá-lo.*

Neste caso, Theodoro

B) responderá pelo crime de lesão corporal, em virtude de sua desistência voluntária.

ARREPENDIMENTO EFICAZ – ART. 15

01. (OAB, 2ª Fase-IX/2012) *Wilson, extremamente embriagado, discute com seu amigo Junior na calçada de um bar já vazio pelo avançado da hora. A discussão torna-se acalorada e, com intenção de matar, Wilson desfere quinze facadas em Junior, todas na altura do abdômen. Todavia, ao ver o amigo gritando de dor e esvaindo-se em sangue, Wilson, desesperado, pega um taxi para levar Junior ao hospital. Lá chegando, o socorro é eficiente e Junior consegue recuperar-se das graves lesões sofridas.*

Analise o caso narrado e, com base apenas nas informações dadas, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

A) É cabível responsabilizar Wilson por tentativa de homicídio?

B) Caso Junior, mesmo tendo sido socorrido, não se recuperasse das lesões e viesse a falecer no dia seguinte aos fatos, qual seria a responsabilidade jurídico-penal de Wilson?

Gabarito FGV (modificado)

A) Não, pois Wilson será beneficiado pelo instituto do arrependimento eficaz, previsto na parte final do Art. 15 do Código Penal. Assim, somente responderá pelos atos praticados, no caso, as lesões corporais graves (art. 129 do CP) sofridas por Júnior.

B) Nesse caso, como não houve eficácia no arrependimento, o que é exigido pelo Art. 15, do Código Penal, Wilson deverá responder pelo resultado morte, ou seja, deverá responder pelo delito de homicídio doloso consumado nos termos do art. 121 c/c art. 13. II, do CP. Doloso porque Wilson desejava matar Junior.

ATENÇÃO!!

A doutrina majoritária entende que tanto a **desistência voluntária** como o **arrependimento eficaz** são causas de excludente de ilicitude.

A **desistência voluntária** e o **arrependimento eficaz**, espécies de tentativa abandonada ou qualificada, **passam por três fases**: o início da execução, a não consumação e a interferência da vontade do próprio agente.

CRIME IMPOSSÍVEL - ART. 17 DO CP

01. (XVII Exame Unificado/FGV/2015) *Cristiane, revoltada com a traição de seu marido, Pedro, decide matá-lo. Para tanto, resolve esperar que ele adormeça para, durante a madrugada, acabar com sua vida. Por volta das 22h, Pedro deita para ver futebol na sala da residência do casal. Quando chega à sala, Cristiane percebe que Pedro estava deitado sem se mexer no sofá. Acreditando estar dormindo, desfere 10 facadas em seu peito. Nervosa e arrependida, liga para o hospital e, com a chegada dos médicos, é informada que o marido faleceu. O laudo de exame cadavérico, porém, constatou que Pedro havia falecido momentos antes das facadas em razão de um infarto fulminante. Cristiane, então, foi denunciada por tentativa de homicídio. Você, advogado (a) de Cristiane, deverá alegar em seu favor a ocorrência de:*

A) crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

Resolvendo:

O crime impossível é também denomina de "quase-crime", "tentativa inadequada" ou "inidônea", está disciplinado no art. 17 do CP que dispõe:

> ***Art. 17.*** *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

Da leitura do art. 17, conclui-se que há duas espécies de crime impossível:

1ª) ***delito impossível por ineficácia absoluta do meio***

Neste caso, há erro quanto ao meio de execução.

Damásio site o seguinte exemplo: "o sujeito, por erro, desejando matar a vítima mediante veneno, coloca açúcar em sua alimentação, pensando tratar-se de arsênico".

2ª) ***delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material***

Nesta hipótese o erro ser dá quanto ao objeto material.

Ex.: Arlete, imaginado está grávida faz uso de substância abortiva.

No caso apresentado pela banca ocorreu crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, visto que não se pode matar ou mesmo tentar matar o quem já está morto.

=>Distinção entre crime impossível e delito putativo:

Embora guardem semelhança, o crime impossível não se confunde com o denominado delito putativo.

No DELITO PUTATIVO, o agente pratica uma conduta em que acredita, erroneamente, ser típica, quando na verdade, ***é atípica***. Já no CRIME IMPOSSÍVEL, o crime buscado pelo agente, como o próprio nome diz, é impossível, **não se consuma**, quer seja pela impropriedade do objeto, quer seja pela ineficácia ou inidoneidade do objeto (art. 17, caput, do CP).

Tratando-se de **crime impossível, o juiz deve absolver o réu**. O pedido dever ser fundamentado em um dos dispositivos seguintes: art. 397, III (para resposta à acusação); art. 386, III (para memoriais em diante); e art. 415, III (no caso de crimes dolosos contra a vida, quando a peça for memoriais ou RESE).

02. (OAB, 2ª fase-IX exame/2012) *Mário está sendo processado por tentativa de homicídio uma vez que injetou substância venenosa em Luciano, com o objetivo de matá-lo. No curso do processo, uma amostra da referida substância foi recolhida para análise e enviada ao Instituto de Criminalística, ficando comprovado que, pelas condições de armazenamento e acondicionamento, a substância não fora hábil para produzir os efeitos a que estava destinada. Mesmo assim, arguindo que o magistrado não estava adstrito ao laudo, o Ministério Público pugnou pela pronúncia de Mário nos exatos termos da denúncia.*

Com base apenas nos fatos apresentados, responda justificadamente.

A) O magistrado deveria pronunciar Mário, impronunciá-lo ou absolvê-lo sumariamente? (Valor: 0,65)

B) Caso Mário fosse pronunciado, qual seria o recurso cabível, o prazo de interposição e a quem deveria ser endereçado? (Valor: 0,60)

Resolvendo (Gabarito FGV):

A) Deveria absolvê-lo sumariamente, por força do Art. 415, III, do CPP. O caso narrado não constitui crime, sendo hipótese de **crime impossível**.

B) É cabível recurso em sentido estrito (Art. 581, IV, do CPP); deve ser interposto no prazo de cinco dias (Art. 586 CPP); a petição de interposição deve ser endereçada ao juiz *a quo*, e as razões deverão ser endereçadas ao Tribunal de Justiça.

ERRO DE PROIBIÇÃO – ART. 21, CP

02. (OAB 1ª fase/XIV Exame/2014) *Eslow, holandês e usuário de maconha, que nunca antes havia feito uma viagem internacional, veio ao Brasil para a Copa do Mundo. Assistindo ao jogo Holanda x Brasil decidiu, diante da tensão, fumar um cigarro de maconha nas arquibancadas do estádio. Imediatamente, os policiais militares de plantão o prenderam e o conduziram à Delegacia de Polícia. Diante do Delegado de Polícia, Eslow, completamente assustado, afirma que não sabia que no Brasil a utilização de pequena quantidade de maconha era proibida, pois, no seu país, é um habito assistir a jogos de futebol fumando maconha.*

Sobre a hipótese apresentada, assinale a opção que apresenta a principal tese defensiva.

*a) Eslow está em **erro de proibição direto inevitável**, razão pela qual deve ser isento de pena.*

Resolvendo:

O **Erro de proibição** é uma **excludente da potencial consciência** (elemento da culpabilidade) e por consequência, **da própria culpabilidade**. Ocorre quando o agente não conhece o caráter proibido, ilícito de determinada conduta. Tem previsão legal no art. 21 do CP.

> ***Art. 21.*** *O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, SE INEVITÁVEL,* ***isenta de pena****; SE EVITÁVEL,* ***poderá diminuí-la de um sexto a um terço****.*

03. (OAB 1ª Fase/2010.3) *Joaquim, desejoso de tirar a vida da própria mãe, acaba causando a morte de uma tia (por confundi-la com aquela). Tendo como referência a situação acima, é correto afirmar que Joaquim incorre em erro:*

a) de tipo acidental na modalidade erro in persona e deverá responder pelo crime de homicídio com a incidência da agravante relativa ao crime praticado contra ascendente (mesmo que a vítima não seja, de fato, a sua genitora).

Resolvendo:

Erro de tipo acidenta na modalidade erro sobre pessoa (art. 21, § 3º). O erro quanto à pessoa contra a qual o delito é praticado não isenta de pena. Não se consideram, nesse caso, as condições ou as qualidades da vítima (no caso, a tia), mas as da pessoa contra quem o agente queria pratica o crime (no caso, a mãe). Logo, incide a agravante pela circunstância da ascendência.

ERRO SOBRE A PESSOA - ART. 20, § 3º

01. (OAB 1ª fase/2010.2) *Arlete, em estado puerperal, manifesta a intenção de matar o próprio filho recém-nascido. Após receber a criança no seu quarto para amamentá-la, a criança é levada para o berçário. Durante a noite, Arlete vai até o berçário, e, após conferir a identificação da criança, a asfixia, causando a sua morte. Na manhã seguinte, é constatada a morte por asfixia de um recém-nascido, que não era o filho de Arlete.*

Diante do caso concreto, assinale a alternativa que indique a responsabilidade penal da mãe.

c) Crime de infanticídio, pois houve erro quanto à pessoa.

Resolvendo:

Trata-se de erro sobre a pessoa previsto no § 3º do art. 20 do Código Penal brasileiro, não devendo, no caso, considerar as condições ou qualidades da vítima, mas sim as da pessoa contra as qual o agente queria praticar o crime. Na situação descrita, Arlete acreditou estar matando seu filho, e não o filho de outrem. Deve responder por infanticídio nos termos do art. 123 do CP.

ERRO NA EXECUÇÃO (*ABERRATIO ICTUS*) ART. 73

01. (OAB 1ª fase/Exame unificado/2010.2) *Aurélio, tentando defender-se da agressão a faca perpetrada por Berilo, saca de seu revólver e efetua um disparo contra o agressor. Entretanto, o disparo efetuado*

por Aurélio ao invés de acertar Berilo, atinge Cornélio, que se encontrava muito próximo de Berilo. Em consequência do tiro, Cornélio vem a falecer. Aurélio é acusado de homicídio. Na qualidade de advogado de Aurélio indique a tese de defesa que melhor se adequa ao fato. Justifique sua resposta.

Resolvendo:

Trata-se o presente caso de um **erro na execução** (art. 73 do CP, 1ª parte), atendendo-se, conforme o citado artigo, ao disposto no parágrafo 3º do artigo 20 do Código Penal. Por outro lado, verifica-se que Aurélio ao efetuar o disparo, agiu em **Legítima Defesa própria e real** (art. 25 do CP). Entretanto, por um erro, acertou pessoa diversa (Cornélio) do agressor (Berilo). Mesmo assim, não fica afastada a legítima defesa posto que de acordo com o art. 20 § 3º do CP "não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". Levando-se, ainda, em consideração o fato de que Aurélio agiu em defesa de uma agressão injusta e atual, utilizando-se, ainda, dos meios necessários e que dispunha para se defender.

02. (OAB 2012/01) *José dispara cinco tiros de revólver contra Joaquim, jovem de 26 (vinte e seis) anos que acabara de estuprar sua filha. Contudo, em decorrência de um problema na mira da arma, José erra seu alvo, vindo a atingir Rubem, senhor de 80 (oitenta) anos, ceifando-lhe a vida. A esse respeito, é correto afirmar que José responderá*

*d) apenas por **homicídio privilegiado consumado**, uma vez que ocorreu erro na execução.*

Resolvendo:

Como houve a morte de Rubem, **José responderá por homicídio consumado privilegiado**, em razão de Joaquim ter acabado de estuprar sua filha (já que não cabe legítima defesa).

Privilegiado, porque Joaquim agiu impelido por motivo de relevante valor moral e sob o domínio de violenta emoção, qual seja o estupro de sua filha. (art. 121, § 1º, CP).

Consumado, porque ocorreu o resultado morte (art. 14, I CP).

Embora Joaquim tenha atingido Rubens, senhor de 80 anos, não há agravante do art. 61 do CP, pois sua intenção era atingir José. Ocorre que, por erro na execução (art. 73 do CP), atingiu pessoa diversa. Sobre esse instituto o CPP dispõe que:

> ***CP, art. 73.*** *Quando,* ***por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa****, RESPONDE COMO SE TIVESSE PRATICADO O CRIME CONTRA AQUELA, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO "ABERRATIO DELICTI" – ART. 74

01. (OAB X Exame- 2ª fase/20013) *Maria, mulher solteira de 40 anos, mora no Bairro Paciência, na cidade Esperança. Por conta de seu comportamento, Maria sempre foi alvo de comentários maldosos por parte dos vizinhos; alguns até chegavam a afirmar que ela tinha "cara de quem cometeu crime". Não obstante tais comentários, nunca houve prova de qualquer das histórias contadas, mas o fato é que Maria é pessoa conhecida na localidade onde mora por ter má-índole, já que sempre arruma brigas e inimizades.*

Certo dia, com raiva de sua vizinha Josefa, Maria resolve quebrar a janela da residência desta. Para tanto, espera chegar a hora em que sabia que Josefa não estaria em casa e, após olhar em volta para ter certeza de que ninguém a observava, Maria arremessa com força, na direção da casa da vizinha, um enorme tijolo. Ocorre que Josefa, naquele dia, não havia saído de casa e o tijolo após quebrar a vidraça, atinge também sua nuca. Josefa falece instantaneamente.

Nesse sentido, tendo por base apenas as informações descritas no enunciado, responda justificadamente:

É correto afirmar que Maria deve responder por homicídio doloso consumado? (Valor: 1,25)

A simples menção ou transcrição do dispositivo legal não pontua.

Resolvendo:

A análise sobre a imputação deve repousar sobre o dolo do agente, no caso, Maria visava tão-somente o resultado dano ao patrimônio de Josefa, tendo sido sua morte resultado diverso do pretendido, exatamente como prevê o art. 74 do CP.

> ***Art. 74****. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

Sendo assim, a afirmação feita esta incorreta, porque Maria deverá responder a título de dolo apenas pelo resultado pretendido, que fora tão-somente o dano, ou seja, responderá dolosamente pelo crime do art.163 do CP e, no que tange ao resultado morte, por não ter sido pretendido, e considerando haver previsão de culpa para o homicídio, poderá responder por este, mas apenas a título de culpa.

ANTIJURICIDADE – EXCLUDENTES DE ILICITUDE – ART. 23

01. (AOB 2ª fase – XXIV exame – FGV/2018) *Pablo, que possui quatro condenações pela prática de crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, estava no quintal de sua residência brincando com seu filho, quando ingressa em seu terreno um cachorro sem coleira. O animal adota um comportamento agressivo e começa a tentar atacar a criança de 05 anos, que brincava no quintal com o pai. Diante disso, Pablo pega um pedaço de pau que estava no chão e desfere forte golpe na cabeça no cachorro, vindo o animal a falecer.*

No momento seguinte, chega ao local o dono do cachorro, que, inconformado com a morte deste, chama a polícia, que realiza a prisão em flagrante de Pablo pela prática do crime do Art. 32 da Lei nº 9.605/98. Os fatos acima descritos são integralmente confirmados no inquérito pelas testemunhas. Considerando que Pablo é multirreincidente na prática de crimes graves, o Ministério Público se manifesta pela conversão do flagrante em preventiva, afirmando o risco à ordem pública pela reiteração delitiva.

Considerando as informações narradas, na condição de advogado(a) de Pablo, que deverá se manifestar antes da decisão do magistrado quanto ao requerimento do Ministério Público, responda aos itens a seguir.

A) Qual pedido deverá ser formulado pela defesa de Pablo para evitar o acolhimento da manifestação pela conversão da prisão em flagrante em preventiva? Justifique. (Valor: 0,60)

B) Sendo oferecida denúncia, qual argumento de direito material poderá ser apresentado em busca da absolvição de Pablo? Justifique. (Valor: 0,65)

Gabarito comentado

A) A defesa de Pablo deverá formular pedido de liberdade provisória, tendo em vista que, apesar de ostentar diversas condenações pela prática de crimes graves, na situação apresentada, com base nas informações constantes do auto de prisão em flagrante, poderá o juiz verificar que Pablo agiu amparado por causa excludente da ilicitude, de modo que poderá conceder liberdade provisória,

mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, conforme previsão do Art. 310, parágrafo único, do CPP.

B) O argumento de direito material a ser apresentado é que **Pablo deverá ser absolvido do crime imputado porque agiu amparado por estado de necessidade**, que é causa excludente da ilicitude. Todos os requisitos estabelecidos pelo Art. 24 do CP estão preenchidos, tendo em vista que havia situação de perigo atual ao seu filho, não provocada por Pablo, e não tinha ele outra maneira de agir para proteção, tendo em vista que o cão adotava comportamento agressivo e tentava atacar a criança. Além disso, em que pese a relevência da vida de um cachorro para o seu dono, o sacrifício da vida de uma criança não era razoável exigir nas circunstâncias do caso concreto. **Não há que se falar em legítima defesa, porém, pois esta pressupõe injusta agressão, o que, por sua vez, somente se configura com um comportamento humano**.

02. (OAB 137º Exame-SP/CESPE/2009) *O médico que, durante um plantão, realizar uma intervenção cirúrgica justificada por iminente perigo à vida, mas sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, praticará, segundo o CP:*

c) conduta não criminosa, pois o paciente corria risco de morte.

Resolvendo:

A conduta praticada pelo médico está amparada legalmente no CP nos seguintes termos:

> ***Art. 146.*** *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:*
>
> *§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:*
>
> *I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;*

Portanto, não configura crime a conduta do médico e, no caso de possível condenação, deve-se pleitear a absolvição com fundamento em um dos dispositivos seguintes do CPP: art. 397, III (para resposta à acusação) ou art. 386, III (para memoriais em diante).

EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – ART. 23, CP

01. (FGV-2008) *João da Silva é jogador de futebol profissional, disputando a final do campeonato estadual. Aos 40 minutos do segundo tempo, o*

juiz marca um pênalti a favor do time de João. Escalado para cobrar o pênalti, João desfere um potente chute em direção ao gol, atingindo, porém, a cabeça do goleiro adversário, José de Arimatéia, vindo este a falecer em decorrência das lesões provenientes da referida ação contundente. A esse respeito, assinale a alternativa correta.

d) *João da Silva deve ser absolvido, tendo em conta estar ele amparado pela excludente de ilicitude de* exercício regular do direito.

Resolvendo:

Trata-se de modalidade esportiva cujo risco é permitido pelo ordenamento jurídico, conforme art. 23, III, do CP.

No caso de possível condenação, deve-se pleitear a absolvição com fundamento em um dos dispositivos seguintes do CPP: art. 397, III (para resposta à acusação) e art. 415, III (no caso de crimes dolosos contra a vida, quando a peça for Memoriais ou RESE).

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – ART. 22, CP

A exigibilidade de conduta diversa, terceiro e último elemento da culpabilidade, deve ser vista como a **possibilidade que se abre no sentido de se cobrar do agente uma postura diferente em relação ao fato típico e ilícito que perpetrou**.

Para que o agente seja culpável, além de imputável e inserido em contexto que lhe permita atingir a consciência sobre a ilicitude de sua conduta, também a situação fática na qual está submetido deve mostrar que seu rol de escolhas não estava excepcionalmente restringindo, sendo, por isso, possível exigir que tivesse tido comportamento conforme o direito. Ou seja, a exigibilidade de conduta diversa considera os fatos paralelos à conduta e apenas se constatado que o agente teve livre atuação no processo de escolha deverá ser responsabilizado.

De outro ponto, diagnosticado que o agente agiu de modo típico e ilícito porque não tinha liberdade de escolha, tem-se desproporcional punilo pelo comportamento que não invoca culpabilidade diante da certeza de que qualquer outra conduta, ainda que possível, mostra-se inexigível.

Sendo assim, é fundamental ter em mente os institutos trazidos pelo Código Penal que permitem concluir situações onde fica afastada a exigibilidade de conduta diversa e que, por consequência, provocam dirimente de culpabilidade, isentando o agente de pena.

Então, são causas legais de inexigibilidade de conduta diversa a **coação moral irresistível** e a **obediência hierárquica**.

DICA DE CONCURSO: As causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa incluem a estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Caso o agente cumpra ordem ilegal ou extrapole os limites que lhe foram determinados, a conduta é culpável.(*CESPE/STM*)

A doutrina admite que a **exigibilidade de conduta diversa suporte causa supralegal de exclusão**, já que para além da coação moral irresistível e da obediência hierárquica também é possível que **o agente esteja em situação de inexigibilidade de comportamento diferente.** É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o **empresário, em sérias dificuldades financeiras, opta por não recolher tributos e contribuições previdenciárias**, desde que tenha declarado que as devia, para satisfazer salários e fornecedores, tendo em vista a necessidade de dar continuidade ao negócio e, posteriormente, liquidar sua situação fiscal.

Dica de concurso:

Ainda que não encontre tipificação em excludente prevista em lei, a doutrina tem aceito a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. (FCC/MP-CE)

01. (Juiz -TJSP/VUNESP/2009) *O pai que, tendo o filho sequestrado e ameaçado de morte, é coagido por sequestradores armados e forçado a dirigir-se a certa agência bancária para efetuar um roubo a fim de obter a quantia necessária para o pagamento do resgate e livrar o filho do cárcere privado em que se encontra pode, em tese, lograr a absolvição com base na alegação de*

a) Inexigibilidade de conduta diversa.

Resolvendo:

De fato, não era exigível outra conduta do pai nas circunstâncias que se apresentam. A inexigibilidade de conduta diversa leva à exclusão da culpabilidade, elemento integrante da estrutura do crime, segundo a doutrina majoritária.

Sabe-se que o CP elenca expressamente, em seu art. 22, duas **causas de inexigibilidade de conduta diversa**, quais sejam: COAÇÃO IRRESISTÍVEL e OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. No caso da questão, certamente vislumbra-se uma coação moral irresistível que levou o pai desesperado a praticar um fato típico e ilícito, mas que não é culpável.

No caso de possível condenação, deve-se pleitear a absolvição com fundamento em um dos dispositivos seguintes do CPP: art. 397, II (para resposta à acusação) ou art. 386, VI (para memoriais em diante).

INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE PENAL - ART. 27, CP

01. (OAB 1ª FASE – FGV/4.2018) *Laura, nascida em 21 de fevereiro de 2000, é inimiga declarada de Lívia, nascida em 14 de dezembro de 1999, sendo que o principal motivo da rivalidade está no fato de que Lívia tem interesse no namorado de Laura. Durante uma festa, em 19 de fevereiro de 2018, Laura vem a saber que Lívia anunciou para todos que tentaria manter relações sexuais com o referido namorado. Soube, ainda, que Lívia disse que, na semana seguinte, iria desferir um tapa no rosto de Laura, na frente de seus colegas, como forma de humilhá-la. Diante disso, para evitar que as ameaças de Lívia se concretizassem, Laura, durante a festa, desfere facadas no peito de Lívia, mas terceiros intervêm e encaminham Lívia diretamente para o hospital. Dois dias depois, Lívia vem a falecer em virtude dos golpes sofridos. Descobertos os fatos, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Laura pela prática do crime de homicídio qualificado. Confirmados integralmente os fatos, a defesa técnica de Laura deverá pleitear o reconhecimento da*

A) inimputabilidade da agente.

CONCURSO DE PESSOAS – ARTS. 29 A 31, CP

Código Penal utiliza o termo **concurso de pessoas**, que é sinônimo de ***concurso de agentes***, em face de ter sido adotada a **Teoria Monista, Unitária** ou **Igualitária**. É a teoria disposta no art. 29, caput, do Código Penal:

> ***Art. 29.*** *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *§ 1º - Se a **participação for de menor importância**, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.*
>
> *§ 2º - Se algum dos **concorrentes quis participar de crime menos grave**, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*

Doutrinariamente, tem-se definido o concurso de agentes como **a reunião de duas ou mais pessoas, de forma consciente e voluntária, concorrendo ou colaborando para o cometimento de certa infração penal**.

> **Dica de concurso:** No CP, adota-se, em relação ao concurso de agentes, a **teoria monística ou unitária**, segundo a qual, aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a

este cominadas na medida de sua culpabilidade; no referido código, adota-se, ainda, o conceito restritivo de autor, entendido como aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, praticando o núcleo do tipo. (CESPE / Juiz - TRF 5ª Região / 2009) Correto.

01. (Del.Pol.Federal/CESPE2004-adaptada) *Júlio e Lúcio combinaram entre si a prática de crime de furto, ficando ajustado que aquele aguardaria no carro para assegurar a fuga e este entraria na residência – que, segundo pensavam, estaria vazia – para subtrair as joias de um cofre. Ao entrar na residência, Lúcio verificou que um morador estava presente. Lúcio, que tinha ido armado sem avisar Júlio, matou o morador para assegurar a prática do crime. Depois de fugirem, Júlio e Lúcio dividiram as joias subtraídas. Nessa situação, é correto afirmar que Júlio responderá pelo crime de furto, enquanto Lúcio responderá pelo crime de roubo? Fundamente sua resposta.*

Resolvendo:

É correto, sim, afirmar tal assertiva. Trata-se da hipótese de concurso de pessoas previsto no art. 29, § 2º, do CP, que dispõe: *"Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste (...)".*

No caso, verifica-se que Júlio quis participar apenas do crime de furto. Deve, portanto, responder nos limites de seu dolo. Quanto a Lúcio, inegável que cometeu o crime de roubo.

02. (OAB-2ª fase-IX/2012) *Raimundo, já de posse de veículo automotor furtado de concessionária, percebe que não tem onde guardá-lo antes de vendê-lo para a pessoa que o encomendara. Assim, resolve ligar para um grande amigo seu, Henrique, e após contar toda sua empreitada, pede-lhe que ceda a garagem de sua casa para que possa guardar o veículo, ao menos por aquela noite. Como Henrique aceita ajudá-lo, Raimundo estaciona o carro na casa do amigo. Ao raiar do dia, Raimundo parte com o veículo, que seria levado para o comprador.*

Considerando as informações contidas no texto responda, justificadamente, o item a seguir.

A) Raimundo e Henrique agiram em concurso de agentes?

Resolvendo:

Não há concurso de agentes, pois o auxílio foi proposto após a consumação do crime de furto. Assim, não estão presentes os requisitos necessários à

configuração do concurso de agentes, mormente liame subjetivo e identidade da infração penal.

CIRCUNSTÂNCIAS INCOMUNICÁVEIS - ART. 30, CP

De acordo com o CP, art. 30, **circunstâncias incomunicáveis** são as que não se estendem aos coautores e partícipes de uma infração penal, pois se referem a determinado agente, incidindo em relação a ele.

> ***Art. 30.*** *Não se comunicam as* ***circunstâncias*** *e as* ***condições de caráter pessoal****, SALVO quando* ***elementares do crime****.*

O art. 30 disciplina a **distinção entre *circunstâncias*** (elementos que se integram à infração penal apenas para aumentar ou diminuir a pena, embora não imprescindíveis, como por exemplo, as atenuantes do art. 65, do CPB) e ***condições pessoais*** (relação do agente com o mundo exterior – pessoas e coisas -, como por exemplo, as relações de parentesco).

As **elementares do crime** são quaisquer componentes que integrem a figura típica fundamental.

Exemplo de elementares:

I) No crime de peculato (art. 312, do CPB), a elementar é a **condição de funcionário público do agente.**

II) No crime de infanticídio (art. 123, do CPB), a elementar é a **qualidade de mãe do agente**.

ATENÇÃO:

As **circunstâncias** ou **condições de caráter pessoal**, **para que se comuniquem, devem ser conhecidas pelo participante**. Em outras palavras, o participante de um crime de peculato deve conhecer a condição pessoal de funcionário público do co-autor.

O melhor critério para aferição desses circunstancias é utilizado na **exclusão ou eliminação** desses elementos. Assim, **se excluída uma elementar do tipo penal**, teremos uma atipicidade ou uma desclassificação para outro crime. Por outro lado, a **exclusão de uma circunstancia não elimina o crime**, que permanece intacto, porém influencia na quantidade da reprimenda a ser aplicada.

01. (OAB 1ª FASE/2010.3) *Tomás decide matar seu pai, Joaquim. Sabendo da intenção de Tomás de executar o genitor, Pedro oferece, graciosamente, carona ao agente até o local em que ocorre o crime. A esse respeito, é correto afirmar que Pedro é:*

d) partícipe do delito, respondendo por homicídio sem a incidência da agravante.

Resolvendo:

Houve participação da parte de Pedro, porém a ele não pode incidir a agravante porque a ascendência é circunstância de caráter subjetivo e não configura elementar do crime de homicídio (art. 30 do CP).

- ⇨ **Circunstâncias de caráter pessoal ou subjetivo:** refere-se à pessoa do agente e não ao fato delitivo. São as seguintes circunstâncias de caráter pessoal: os antecedentes do agente, personalidade, a conduta social, motivos do crime e reincidência, menoridade.
- ⇨ **Circunstâncias de caráter real ou objetivo:** Refere-se ao fato e não ao agente. São as seguintes circunstâncias de caráter real: tempo do crime (Exemplo: circunstância do crime ter sido praticado à noite), meio para a execução (veneno), lugar do crime (Exemplo: local ermo)...

DAS PENAS – ART. 43 E SS., CP

01. **(OAB 2ª fase/CESPE 2009.1)** *Bruno foi condenado a três anos de reclusão e ao pagamento de cem dias-multa por portar cédulas falsas — Código Penal (CP), art. 289, § 1º. O requerimento feito pela defesa, que pretendia converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, foi denegado pelo magistrado de primeiro grau, em virtude da existência de condenação anterior, já transitada em julgado, pelo crime de estelionato (CP, art. 171).*

Considerando essa situação hipotética, responda, de forma fundamentada, se é cabível, em tese, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Resolvendo:

Possibilidade, em tese, da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, desde que a medida se revele socialmente adequada. Reincidência genérica (CP, art. 44, § 3º).

REINCIDÊNCIA E PRIMARIEDADE – ART. 63, CP

02. (OAB 1ª fase-XV Exame-FGV /2014) *José cometeu, em 10/11/2008, delito de roubo. Foi denunciado, processado e condenado, com sentença condenatória publicada em 18/10/2009. A referida sentença transitou definitivamente em julgado no dia 29/08/2010. No dia 15/05/2010, José cometeu novo delito, de furto, tendo sido condenado, por tal conduta, no dia 07/04/2012.*

Nesse sentido, levando em conta a situação narrada e a disciplina acerca da reincidência, assinale a afirmativa correta.

C) Na sentença relativa ao delito de furto, José deveria ser considerado primário.

Resolvendo:

No presente caso, JOSÉ não pode ser considerando reincidente pelo delito de furto, visto que este foi praticado antes de transitar em julgado a condenação pelo crime de roubo.

Preceitua o art. 63 do CP.:

> ***Art. 63***. *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*.
>
> *I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;*

No que tange a primariedade, Silva (online) citando Geraldo Batista de Siqueira (apud Damásio) expõe que

> *"Criminoso primário é não só o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado várias vezes, sem ser reincidente. Suponha-se que o agente em meses seguidos cometa vários crimes em Comarcas diferentes. É processado várias vezes, sendo condenado em todas as comarcas. Embora tenha sofrido condenações irrecorríveis. Não se trata de réu, reincidente, pois não cometeu novo delito após o transito em julgado de nenhuma sentença condenaria por prática de crime, permanecendo, pois primário" (Direito penal, vol. l, 3ª edição, loc. cit., pag.529).*[40]

[40] SILVA, Francisco Deliane e. O QUE É PRIMARIEDADE?. http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/o-que-e-primariedade-4301780.html. Acesso em 17/11/2014.

CONCURSO DE CRIMES – ARTS. 69 A 72, CP

03. (OAB- 1ª fase- XV Exame/FGV/2014) *Roberto estava dirigindo seu automóvel quando perdeu o controle da direção e subiu a calçada, atropelando dois pedestres que estavam parados num ponto de ônibus.*

Nesse contexto, levando-se em consideração o concurso de crimes, assinale a opção correta, que contempla a espécie em análise:

B) concurso formal próprio ou perfeito.

Entendendo o assunto:

Ocorre **concurso de crimes** quando o agente, com uma ou mais conduta, pratica vários delitos.

Divide-se em:

a) **concurso material**

Há **pluralidade de condutas** e **pluralidade de resultados**. As penas são cumuladas (sistema do cúmulo material).

> ***CP: Art. 69.*** *Quando o agente,* ***mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes****, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.*
>
> ***Espécies:***
>
> I) *Homogêneo*: resultados idênticos
>
> II) *Heterogêneo*: resultados diversos
>
> ***Requisitos***: pluralidade de condutas e pluralidade de resultados.
>
> ***Exemplo***: "A", armado com um revolver, atira em "B" e depois atira em "C", ambos morrem.

b) **concurso formal**

Há **uma conduta** e **pluralidade de resultado**.

> ***CP: Art. 70****. Quando o agente, mediante* ***uma só ação ou omissão****, pratica* ***dois ou mais crimes****, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.*

Cita-se como exemplo o caso de um sujeito que, dirigindo seu carro, atropela duas ao mais pessoas, causando a morte de ambas.

O Concurso formal divide-se em:

I) crime formal ***próprio*** (ou *perfeito*):

Existiu apenas **uma conduta**, mas por erro na execução ou por acidente, ocorrem **vários resultados**. Aplica-se a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 até metade, desde que a cumulação não seja mais benéfica (sistema da exasperação e, em caso de concurso material benéfico, do cúmulo material)

II) crime formal ***impróprio*** (ou *imperfeito):*

O agente, mediante **uma conduta** (ação ou omissão), produz **várias resultados**, com *animus* de produzi-los ou sendo indiferente quanto aos resultados, ou seja: **há dolo na conduta do agente**. As penas devem ser cumuladas (sistema do cúmulo material).

III) concurso ***material benéfico***:

Se, da aplicação da regra do concurso formal, a pena torna-se superior à que resultaria da aplicação do concurso material, deve-se seguir este último critério.

> ***CP: Art. 70****. (...)*
>
> *Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.*

c) **Crime continuado**

Há **pluralidade de condutas** e **pluralidade de resultados.**

> ***CP: Art. 71****. Quando o agente,* ***mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie*** *e, pelas condições de t****empo, lugar, maneira de execução*** *e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (...).*

Requisitos: a) pluralidade de condutas, b) pluralidade de crimes da mesma espécie e c) elo de continuidade (tempo, lugar e maneira de execução)

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ART. 107, CP

01. (OAB 2ª fase/CESPE/2007.3) *Pedro, nascido no dia 16/10/1980, foi indiciado pela subtração de um automóvel FIAT, no valor de R$ 7.000,00, que foi vendido em outro estado da Federação. O fato ocorreu em 20/8/2001. A denúncia foi recebida em 25/10/2007, imputando a Pedro a prática da conduta descrita no art. 155, § 5º, do CP. O interrogatório judicial ocorreu um mês depois, na presença do defensor, oportunidade em que Pedro negou a autoria do delito, tendo indicado sua sogra como testemunha. Foi dada vista dos autos à defesa para se manifestar no prazo legal.*

Considerando a situação hipotética apresentada, redija um texto dissertativo, indicando:

a) a peça, privativa de advogado, que deve ser apresentada;

b) a preliminar que deve ser arguida, com a devida justificativa.

Resolvendo:

A peça apresentada será RESPOSTA À ACUSAÇÃO, com fundamento no art. 396 do CPP.

Deve-se arguir extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva. Isso porque, o fato se deu em 20/8/2011 e a denúncia só foi recebida em 25/10/2007. A pena máxima do delito de furto de veículo é de 8 anos (art. 157, § 5º, do CP) e, conforme art. 109, III, do CP, prescreve em 12 anos. Como Pedro era menor de 21 anos da data do fato, a prescrição é reduzida pela metade (art. 115 do CP). Logo, está extinta a punibilidade.

PRESCRIÇÃO - ART. 107, CP

02. (OAB- 1ª fase- XV Exame/FGV/2014) *Francisco foi condenado por homicídio simples, previsto no Art. 121 do Código Penal, devendo cumprir pena de seis anos de reclusão. A sentença penal condenatória transitou em julgado no dia 10 de agosto de 1984. Dias depois, Francisco foge para o interior do Estado, onde residia, ficando isolado num sítio. Após a fuga, as autoridades públicas nunca conseguiram capturá-lo. Francisco procura você como advogado(a) em 10 de janeiro de 2014.*

Com relação ao caso narrado, assinale a afirmativa correta.

B) Houve prescrição da pretensão executória.

Resolvendo:

Primeiramente verifica-se que FRANCISCO **foi condenado a 6 anos de reclusão** por homicídio, cuja penal máxima é de 21 anos (art. 121 do CP). Para sabermos em que tempo essa pena prescreve, devemos recorrer ao art. 109 do CP.

Verificando citado dispositivo, deparamo-nos com a seguinte redação:

> ***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****;*

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

CUIDADO, pois já existe uma pena em concreto aplicada pelo juiz; qual seja: 6 anos. Portanto, o inciso I não será aplicado na presente situação.

Assim, após 10 de agosto de 1996, estaria prescrita e pena (inciso III). MAS, observe que, no caso do art. 109, a sentença ainda não transitou em julgado e o enunciado da questão deixa bem claro que a sentença já transitou em julgado.

Assim, se ouve uma sentença com trânsito em julgado, o dispositivo do CP que se adequa à questão será o art. 110. Vejamos:

***Art. 110.** A prescrição **depois de transitar em julgado a sentença condenatória** REGULA-SE PELA PENA APLICADA e **verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior**, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*

Da leitura do art. 110 extrai-se que, no caso de sentença que transitou em julgado, deve-se aplicar também o que prevê o art. 109, levando em conta a pena aplicada.

Voltando à leitura do enunciado da questão nada se observa sobre ser ou não o condenado reincidente. TODAVIA, diz que ele fugiu e que as autoridades nunca conseguiram localizá-lo. Ou seja: se passaram 29 anos.

Vejamos o que determina o CP no caso de fuga do condenado.

***Art. 113.** No caso de **evadir-se o condenado** ou de revogar-se o livramento condicional, A PRESCRIÇÃO É REGULADA PELO TEMPO QUE RESTA DA PENA.*

Como o Estado tinha 12 anos para localizar e prender FRANCISCO e não conseguiu, **está prescrita a pretensão executória e**, portanto, **extinta a punibilidade**.

Mas MUITO CUIDADO, pois se FRANCISCO **cometesse novo crime ou fosse capturado**, a PRESCRIÇÃO ESTARIA INTERROMPIDA. É o que prevê o art. 117 do CP.

***Art. 117.** O curso da prescrição interrompe-se:*

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

*V - **pelo início ou continuação do cumprimento da pena**;*

*VI - **pela reincidência**.*

6.1.4 DOS CRIMES EM ESPÉCIES

HOMICÍDIO - ART. 121, CP

01. (OAB 1ª fase/CESPE/2006.1) *Fábio induziu Marília, portadora de desenvolvimento mental retardado — síndrome de Down — a praticar suicídio. Posteriormente, após Marília ter aderido à ideia, Fábio emprestou-lhe um revólver, vindo ela a se matar. Nessa situação, Fábio responderá por*

d) homicídio.

Resolvendo:

A conduta de Fábio, embora pareça configurar o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do CP), caracteriza-se na verdade em homicídio. Isto porque o sujeito passivo do crime do art. 122 necessariamente tem que ser capaz de responder por seus atos, diferentemente do inimputável.

HOMICÍDIO (ART. 121 DO CP) E CAUSA SUPERVINIENTE (ART. 13, §1º DO CP)

02. (OAB 1ª Fase/Exame X) *João, com intenção de matar, efetua vários disparos de arma de fogo contra Antônio, seu desafeto. Ferido, Antônio é internado em um hospital, no qual vem a falecer, não em razão dos ferimentos, mas queimado em um incêndio que destrói a enfermaria em que se encontrava.*

Assinale a alternativa que indica o crime pelo qual João será responsabilizado.

b) Homicídio tentado.

Resolvendo:

Considerando que a morte de Antônio só ocorreu em função de um incêndio ocorrido no hospital, incêndio este que não teve qualquer participação de João, este só responderá por aquilo que efetivamente tenha, anteriormente, praticado, ou seja, uma tentativa de homicídio. Considerando mais uma vez o disposto no art.13, §1º, do CP.

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO - ART. 122

01. (Assessor jurídico-TJ-PI/FCC, 2010) *Antônio e sua mulher Antônia resolveram, sob juramento, morrer na mesma ocasião. Antônio, com o*

propósito de livrar-se da esposa, finge que morreu. Antônia, fiel ao juramento assumido, suicida-se. Nesse caso, Antônio responderá por

d) Induzimento ao suicídio.

Resolvendo:

Configura-se o delito do Art.122 não só quando o crime suicídio ocorre, mas também quando sobrevém **lesão corporal grave,** o que ocorreu no caso. Ocorreu, ainda, a causa de aumento de pena prevista no inciso I do art. 122 do CP.

CUIDADO! Pois se ocorrer apenas LESÕES CORPORAIS LEVES a **conduta será atípica**

Cabe ressaltar que a Lei 13.968, de 2019 deu nova redação ao art. 122 do CP.

02. (OAB 1ª Fase/Exame X) *José e Maria estavam enamorados, mas posteriormente vieram a descobrir que eram irmãos consanguíneos, separados na maternidade. Extremamente infelizes com a notícia recebida, que impedia por completo qualquer possibilidade de relacionamento, resolveram dar cabo à própria vida. Para tanto, combinaram e executaram o seguinte: no apartamento de Maria, com todas as portas e janelas trancadas, José abriu o registro do gás de cozinha. Ambos inspiraram o ar envenenado e desmaiaram, sendo certo que somente não vieram a falecer porque os vizinhos, assustados com o cheiro forte que vinha do apartamento de Maria, decidiram arrombar a porta e resgatá-los. Ocorre que, não obstante o socorro ter chegado a tempo, José e Maria sofreram lesões corporais de natureza grave. Com base na situação descrita, assinale a afirmativa correta.*

a) José responde por tentativa de homicídio e Maria por instigação ou auxílio ao suicídio.

Resolvendo:

Ainda que ambos desejassem o suicídio, o fato de José ter aberto o registro de gás já o coloca como autor do crime de homicídio tentado (art. 13, II c/c art. 121 do CP) em relação à sua irmã. Considerando que Maria, por não ter realizado conduta positiva no sentido de efetivarem o plano de morrerem juntos, deverá responder tão somente pela instigação ou auxílio ao suicídio.

03. (OAB 2ª fase/FGV/2012.1) *Há muito tempo Maria encontra-se deprimida, nutrindo desejos de acabar com a própria vida. João, sabedor dessa condição, e querendo a morte de Maria, resolve instiga-*

la a se matar. Pondo seu plano em prática, João visita Maria todos os dias e, quando ela toca no assunto que não tem mais razão para viver, que deseja se matar, pois a vida não faz mais sentido, João a estimula e a encoraja a pular pela janela. Um dia, logo após ser instigada por João, Maria salta pela janela de seu apartamento e, por pura sorte, sofre apenas alguns arranhões, não sofrendo qualquer ferimento grave.

Considerando apenas os fatos apresentados, responda, de forma justificada, aos seguintes questionamentos:

A) João cometeu algum crime?

B) Caso Maria viesse a sofrer lesões corporais de natureza grave em decorrência da queda, a condição jurídica de João seria alterada?

Resolvendo:

João não cometeu qualquer crime, isto porque o delito descrito no art. 122 do CP, o qual prevê a conduta de instigação, auxílio ou induzimento ao suicídio, não admite a forma tentada (art. 14, II do CP).

No caso de ocorrência de lesões corporais de natureza grave (art. 129 do CP) em Maria, a condição jurídica de João seria alterada, passando ele a responder pelo delito previsto no art. 122 do CP na modalidade consumada (art. 14, I, do CP).

INFANTICÍDIO – ART. 123

01. (OAB-FGV/2010.) *Arlete, em estado puerperal, manifesta a intenção de matar o próprio filho recém-nascido. Após receber a criança no seu quarto para amamentá-la, a criança é levada para o berçário. Durante a noite, Arlete vai até o berçário, e, após conferir a identificação da criança, a asfixia, causando a sua morte. Na manhã seguinte, é constatada a morte por asfixia de um recém-nascido, que não era o filho de Arlete.*

Diante do caso concreto, assinale a alternativa que indique a responsabilidade penal da mãe.

c) Crime de infanticídio, pois houve erro quanto à pessoa.

Resolvendo:

Embora Arlete, por erro quanto à pessoal (art. 20, § 1º, do CP), tenha matado um recém-nascido que não era seu filho, ela praticou infanticídio, pois estava em situação de estado puerperal e a conduta se deu horas depois do parto.

Psicose puerperal: Segundo esclarece Bina (2009), o estado puerperal pode provocar a **exclusão da culpabilidade** quando for muito intenso a ponto impedir de a mãe de entender o caráter ilícito de sua conduta. Sendo tal situação equiparada à doença mental para finas de aplicação da lei penal.

ABORTO - ARTS. 124 A 128

01. (OAB/CESPE – 2006.2) Considere que uma gestante sóbria, estando na direção de um veículo automotor, colida culposamente, com um poste, causando, em razão do impacto sofrido, o aborto. Nessa situação, a conduta da gestante:

d) não gera responsabilidade, haja vista a inexistência de previsão legal para a modalidade culposa de aborto.

Resolvendo:

Art. 18, p. único e art. 129, 2º, V, do CP.

LESSÃO CORPORAL – ART. 129

01. (OAB 1ª fase/XI Exame 2013) *DÉBORA estava em uma festa com seu namorado EDUARDO e algumas amigas quando percebeu que CAMILA, colega de faculdade, insinuava-se para EDUARDO. Cega de raiva, DÉBORA esperou que CAMILA fosse ao banheiro e a seguiu. Chegando lá e percebendo que estavam sozinhas no recinto, DÉBORA desferiu vários tapas no rosto de CAMILA, causando-lhe* ***lesões corporais de natureza leve****. CAMILA, por sua vez, atordoada com o acontecido, somente deu por si quando DÉBORA já estava saindo do banheiro, vangloriando-se da surra dada. Neste momento, com ódio de sua algoz, CAMILA levanta-se do chão, agarra DÉBORA pelos cabelos e a golpeia com uma tesourinha de unha que carregava na bolsa, causando-lhe* ***lesões de natureza grave****. Com relação à conduta de CAMILA, assinale a afirmativa correta.*

d) Praticou crime de lesão corporal de natureza grave, mas poderá ter a pena diminuída.

Resolvendo:

CAMILA deve responder pelo crime de lesão corporal de natureza grave, na forma prevista no art.129, § 1º, II do CP com a possibilidade de ter reduzida sua pena em face de todo o ocorrido (art. 66 do CP).

Quanto a **Legitima Defesa**, por estar ausente um de seus requisitos, qual seja, a atualidade ou iminência da agressão, não configuração tal excludente de ilicitude, pois a agressão deve ocorrer no momento do fato ou, ao menos, prestes a ocorrer (art. 25, CP).

Atenção para a recente mudança no CP e na Lei de Crimes Hediondos, trazidas pela Lei nº 13.142, de 6.7.2015:

> ***CP: Art. 129.*** *...*
>
> *§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.*
>
> ***LCP:*** **Art. 1º**
>
> *I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;*

02. **(OAB 2ª fase - XXIV Exame 2018)** *No dia 11/01/2016, Arnaldo, nascido em 01/02/1943, primário e de bons antecedentes, enquanto estava em um bar, desferiu pauladas na perna e socos na face de Severino, nascido em 30/03/1980, por acreditar que este demonstrara interesse amoroso em sua neta de apenas 16 anos. As agressões praticadas por Arnaldo geraram deformidade permanente em Severino, que, revoltado com o ocorrido, foi morar em outro estado. Denunciado pela prática do crime do Art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal, Arnaldo confessou em juízo, durante o interrogatório, as agressões; contudo, não foram acostados aos autos boletim de atendimento médico e exame de corpo de delito da vítima, que também não foi localizada para ser ouvida. As testemunhas confirmaram ter visto Arnaldo desferir um soco em Severino, mas não viram se da agressão resultou lesão. Em sentença, diante da confissão, Arnaldo foi condenado a pena de 03 anos de reclusão, deixando o magistrado de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em virtude da violência.*

Considerando a situação narrada, na condição de advogado(a) de Arnaldo, responda aos itens a seguir.

A) Em sede de recurso de apelação, qual argumento poderá ser apresentado em busca da absolvição de Arnaldo? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Ainda em sede de apelação, existe algum benefício legal a ser requerido pela defesa de Arnaldo para evitar a execução da pena, caso sejam mantidas a condenação e a sanção penal imposta? Justifique. (Valor: 0,60)

Gabarito FGV comentado

A) Deveria o advogado de Arnaldo buscar sua absolvição em razão da ausência de prova da materialidade, tendo em vista que o crime deixou vestígios e não consta dos autos exame pericial. Não foi acostado boletim de atendimento médico ou exame de corpo de delito, direto ou indireto, de Severino, que sequer foi ouvido em juízo para confirmar as lesões. As testemunhas ouvidas, em que pese tenham confirmado que Arnaldo desferiu um soco na vítima, também não foram capazes de assegurar a existência de lesão corporal. Por fim, o Art. 158 do Código de Processo Penal prevê expressamente que, quando a infração deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, não o suprindo a confissão do acusado.

B) Sim, existe o benefício da suspensão condicional da pena, previsto no Art. 77 do Código Penal, em especial em seu parágrafo 2º, no caso concreto. Caso mantida a condenação e a pena aplicada, Arnaldo não poderia ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que o crime foi praticado mediante violência, não atendendo ao disposto no Art. 44 do Código Penal. Nada impede, porém, que seja buscada a suspensão condicional da pena, tendo em vista que todos os requisitos estão preenchidos. A regra, de acordo com o Código Penal, é que a pena aplicada em até 02 anos, respeitados os demais requisitos, possa ter sua execução suspensa. Todavia, Arnaldo era maior de 70 anos na data dos fatos, o que permite a aplicação do Art. 77, § 2º, do CP, também conhecido como sursis etário, que traz como requisito objetivo a aplicação de pena privativa de liberdade em até 4 anos e não apenas de 2 anos.

CRIMES CONTRA A HONRA - ARTS. 138 A 145

Calúnia - Art. 138

01. (Agente – Polícia Civil- RR- CESPE/2003) *Considere a seguinte situação hipotética. Maria, proprietária de um supermercado, sabendo que seu próprio filho praticara furto em seu estabelecimento, atribuiu ao empregado José tal responsabilidade, dizendo ser ele o autor do delito. Nessa situação,*

b) Maria cometeu o crime de calúnia.

Difamação - Art. 139

01. (OAB 1ª fase/2011/03) *Ana Maria, aluna de uma Universidade Federal, afirma que José, professor concursado da instituição, trai a esposa todo dia com uma gerente bancária. A respeito do fato acima, é correto afirmar que Ana Maria praticou o crime de*

d) difamação, pois atribuiu a José fato desabonador que não constitui crime, não sendo cabível, na hipótese, a oposição de exceção da verdade.

Resolvendo:

Realmente é um fato desabonador, e a exceção da verdade não cabe neste caso, pois o fato deveria ter ligação com as suas funções e trair a esposa não tem nada a ver com o exercício de suas funções como professor de uma universidade federal, conforme artigo 139 do CP.

Injúria - Art. 140

(OAB – XVI Exame Unificado FGV/17/05/2015) *Em uma discussão de futebol, Rubens e Enrico, em comunhão de ações e desígnios, chamaram Eduardo de "ladrão" e "estelionatário", razão pela qual Eduardo formulou uma queixa crime em face de ambos. No curso da ação penal, porém, Rubens procurou Eduardo para pedir desculpas pelos seus atos, razão pela qual Eduardo expressamente concedeu perdão do ofendido em seu favor, sendo esse prontamente aceito e, consequentemente, extinta a punibilidade de Rubens. Eduardo, contudo, se recusou a conceder o perdão para Enrico, pois disse que não era a primeira vez que o querelado tinha esse tipo de atitude.*

Considerando apenas as informações narradas, responda aos itens a seguir.

A) Qual o crime praticado, em tese, por Rubens e Enrico? (Valor: 0,60)

B) Que argumento poderá ser formulado pelo advogado de Enrico para evitar sua punição? (Valor: 0,65)

Resolvendo:

O crime praticado por Rubens e Enrico foi o de injúria, previsto no art. 140 do CP.

Para livrar-se da punição, Rubens e Enrico podem valer-se do art. 51 do CP, que dispõe:

Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ART. 146

01. (OAB 1ª fase/2011.3) *ARES, objetivando passear com a bicicleta de ÁRTEMIS, desfere contra esta um soco. ÁRTEMIS cai, ARES pega a bicicleta e a utiliza durante todo o resto do dia, devolvendo-a ao anoitecer. Considerando os dados acima descritos, assinale a alternativa correta.*

c) Ares praticou constrangimento ilegal.

Resolvendo:

A conduta de ARES configura o crime do art. 146 do CP, Constrangimento Ilegal, e não roubo, haja vista que a bicicleta foi devolvida ao final do dia.

Constrangimento ilegal

Art. 146. *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:*

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

CRIMES CONTRA O PATROMÔNIO

MUITA ATENÇÃO para que determina o art. 24, § 2º do CPP e art. 190, IV, da CF:

Art. 24*. (...)*

§ 2º Seja qual for o crime, ***quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município****, a* ***ação penal será PÚBLICA*** (Incondicionada).

Art. 109*. Aos* ***juízes federais compete*** *processar e julgar:*

IV - os crimes políticos e as ***infrações penais praticadas em detrimento de BENS, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas,*** *excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;*

a) FURTO - ARTS. 155 E 156

01. (FGV/2007) *Durante o almoço dominical da família Silva,* ***José da Silva*** *pede a seu tio, com quem não coabita, Manoel da Silva, que lhe*

*empreste algum dinheiro para comprar roupas novas. Segundo **José da Silva**, as meninas andam dizendo que ele só veste as mesmas camisas e calças e isso tem prejudicado suas conquistas amorosas. **Manoel da Silva** repreende seu sobrinho **José** dizendo que ele precisa amadurecer, pois tem vinte anos, mas comporta-se como um adolescente ainda. No mesmo dia, **José** subtrai R$ 15,00 (quinze reais) e o talão de cheques de seu tio **Manoel** com intuito de adquirir roupas novas para si. Quando chega o sábado seguinte, **José** vai até o banco para sacar o dinheiro necessário à aquisição de uma camisa e uma bermuda, preenchendo o cheque corretamente e imitando com perfeição a assinatura de seu tio. Ocorre que Manoel percebera o desaparecimento do talão de cheques e comunicara o banco, razão pela qual o caixa se recusa a aceitar o cheque apresentado por José. Qual(is) crime(s) praticou José da Silva?*

Resolvendo:

A conduta de José configura apenas o delito de **furto simples**, previsto no art. 155 do CP. Não há que se falar em estelionato, tendo em vista que este não tinha como se consumar em razão da comunicação que seu tio Manoel fez ao banco, o que torna impossível a consumação, configurando tal atitude crime impossível (art. 17 do CP).

***MUITO CUIDADO*!**

FURTO DE USO (*aquele que o agente pretende apenas utilizar a coisa, v.g. carro, por um breve momento e devolvê-la no mesmo local de onde a subtraiu, evitando ser descoberto pelos proprietários* - conforme foi cobrado no XVII exame da OAB), NÃO É CRIME, ou seja, **a conduta é atípica**.

02. (Delegado de Polícia-GO/UEG/2008) *"A" vai ao encontro de "B", seu amigo de infância, e expõe a ele sua intenção de praticar um delito de furto de vários aparelhos eletrodomésticos em conhecida loja da capital. Durante a conversa, "A" confessa a "B" que somente não levará adiante sua intenção criminosa em razão de não possuir um local adequado para deixar os bens objeto da subtração. Nesse momento, "B", com a finalidade de ajudar o amigo de infância, oferece-lhe um barracão, cujo espaço físico seria ideal para a guarda dos bens furtados. Após essa promessa, "A" sente-se seguro e confiante para seguir com seu intento e, efetivamente, subtrai os aparelhos eletrodomésticos e os acomoda, até serem vendidos a terceiros, no barracão oferecido por "B". Qual o crime praticado por "B"?*

Resolvendo:

"B" praticou o crime de furto, isto porque houve uma prévia combinação, ou seja: antes da consumação do crime "A" e "B" já haviam planejado empreitada criminosa.

03. (Delegado de Polícia-2008-SC-ACAFE) *"Ariel", com 21 anos de idade, arromba a joalheria de seu pai, "Benoir", com 60 anos de idade, de madrugada, levando bens avaliados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Preso, após o fato, "Ariel" responderá por:*

B) crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Resolvendo:

Embora Ariel tenha praticado o crime de furto contra seu pai, não está isento da pena em vista da vítima ser pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

Sobre a presente questão vejamos o que determina o CP.

> ***Art. 181. É isento de pena*** *quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*
>
> *I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;*
>
> *II - de* ***ascendente*** *ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.*
>
> ***Art. 183****.* ***Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores****:*
>
> *I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;*
>
> *II - ao estranho que participa do crime.*
>
> *III - se o crime é* ***praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos****.*

b) ROUBO – ART. 157

1 (CESPE 2009.1) *Pedro, estudante de 23 anos de idade, namorava Ana havia um mês. Ambos sonhavam realizar uma viagem para o exterior e, como dispunham de poucos recursos materiais, Pedro decidiu subtraí-los de alguém. Dirigiu-se, armado com um estilete, a uma estação de metrô e, ao avistar uma pessoa idosa, ameaçou-a com o referido objeto, na presença de diversas testemunhas, e subtraiu-lhe cerca de R$ 3.000,00. Havia, nas proximidades, policiais que, ao perceberem o ocorrido, deram-lhe ordem de prisão. Pedro tentou fugir, mas foi preso,*

e, como conseguira livrar-se do estilete, não foi possível a apreensão do objeto. Considerando a situação hipotética acima apresentada, responda, de forma fundamentada, às seguintes perguntas.

a) Que delito Pedro cometeu?

b) Sem a apreensão do estilete, pode haver causa de aumento de pena?

c) Há, na situação, circunstâncias agravantes e atenuantes?

Padrão de resposta

a) Pedro praticou o crime de roubo com aumento de pena (art. 157, § 2º, I do CP).

Quanto à alternativa "b", há divergência doutrinária.

1ª posição: a NÃO APREENSÃO DO ESTILETE **não exclui a causa de aumento de pena pelo uso de arma**, pois, na existência de outros elementos comprobatórios, eles podem aumentar a pena prevista no inciso I do § 2.º do art.157 do CP.

2ª posição: a NÃO APREENSÃO DO ESTILETE **exclui a causa de aumento de pena** pelo uso de arma, pois, a existência de outros elementos comprobatórios não pode aumentar a pena prevista no inciso I do § 2º do art.157 do CP.

c) Por trata-se de crime contra idoso, há agravante do art. 61, II, *h*, do CP.

c) EXTORSÃO – ART. 158

01. (OAB 2ª fase-CESPE/2004) *No dia 25 de agosto de 2004, em Vila Velha/ES, Caio, apontando um revólver de brinquedo para o rosto de Laura, ordenou que esta preenchesse dois de seus cheques, no valor de R$1000,00 cada um. Após preenchidos os cheques, a vítima os entregou a Caio, que se dirigiu à agência bancária em que Laura era correntista, localizada em Vitória/ES, no dia 27 de agosto de 2004. Na agência, houve recusa ao pagamento por falta de fundos. Discorra acerca da conduta de Caio, abordando, necessariamente, os seguintes aspectos:*

Tipificação da conduta;

Quando ocorrerá a prescrição;

Qual o foro competente para processar e julgar o crime?

Padrão de resposta

Caio praticou o crime de extorsão previsto no art. 158 do CP., tendo em vista que ao apontar o revolver, embora de brinquedo, na cabeça de Laura, ágil com grave ameaça.

Quanto à **prescrição**, considerando que o crime praticado por Caio tem pena máxima de 10 anos, a essa ocorrerá em 16 anos (arts. 109, II, e 111, I, do CP).

No que diz respeito ao **foro compete**, conforme prevê o art. 70 do CPP, será o lugar em que se consumou a infração, ou seja, na Comarca de Vila Velha – ES.

d) DANO - ARTS. 163 A 167

01. (OAB 1ª FASE/2010.3) *Pedro, não observando seu dever objetivo de cuidado na condução de uma bicicleta, choca-se com um telefone público e o destrói totalmente. Nesse caso, é correto afirmar que Pedro:*

d) não será responsabilizado penalmente.

Resolvendo:

Pedro não será responsabilizado penalmente, visto que o crime de dano (art. 163, do CP), não comporta a modalidade culposa (art. 18, p. único, do CP).

e) APROPRIAÇÃO INDÉBITA - ART. 168

01. (OAB-IV Exam.) *Maria, jovem extremamente possessiva, comparece ao local em que Jorge, seu namorado, exerce o cargo de auxiliar administrativo e abre uma carta lacrada que havia sobre a mesa do rapaz. Ao ler o conteúdo, descobre que Jorge se apropriara de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), que recebera da empresa em que trabalhava para efetuar um pagamento, mas utilizara tal quantia para comprar uma joia para uma moça chamada Júlia.*

Absolutamente transtornada, Maria entrega a correspondência aos patrões de Jorge.

Com base no relatado acima, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

a) Jorge praticou crime? Em caso positivo, qual(is)?

Resolvendo:

A conduta de Jorge configura *apropriação indébita* qualificada (ou majorada) em razão do ofício, prevista no art. 168, parágrafo 1º, III do CP.

f) APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ART. 168-A

01. (OAB 1ª fase/Exame unificado/2008.1) *Júlio, empresário, deixou de recolher, no prazo legal, contribuição destinada à previdência social que ele havia descontado de pagamento efetuado a segurado. Considerando a situação hipotética descrita, assinale a opção correta.*

c) O crime praticado por Júlio constitui espécie de apropriação indébita, que deve ser processado na justiça federal mediante ação penal pública incondicionada.

Resolvendo:

Art. 168-A, 1º, I, do CP.

g) ESTELIONATO - ART. 171

01. (OAB 1ª fase/2010.2) *Paula Rita convenceu sua mãe adotiva, Maria Aparecida, de 50 anos de idade, a lhe outorgar um instrumento de mandato para movimentar sua conta bancária, ao argumento de que poderia ajudá-la a efetuar pagamento de contas, pequenos saques, pegar talões de cheques etc., evitando assim que a mesma tivesse que se deslocar para o banco no dia a dia. De posse da referida procuração, Paula Rita compareceu à agência bancária onde Maria Aparecida possuía conta e sacou todo o valor que a mesma possuía em aplicações financeiras, no total de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), apropriando-se do dinheiro antes pertencente a sua mãe. Considerando tal narrativa, assinale a alternativa correta.*

a) Paula Rita praticou crime de estelionato em detrimento de Maria Aparecida e, pelo fato de ser sua filha adotiva, é isenta de pena.

Resolvendo:

Na conduta descrita, Paula Rita convenceu sua mãe a lhe outorgar uma procuração, ou seja, induziu-a a fazer isso, visando à obtenção de vantagem ilícita, o que configura de maneira contundente o disposto no art. 171 do Código Penal brasileiro (estelionato). No entanto, considerando tratar-se de crime praticado em prejuízo de ascendente (podendo também ser contra descendente, seja parentesco civil ou natural), por força do art. 181 do Código Penal brasileiro, será a mesma isenta de pena (art. 181, II, do CP).

h) RECEPTAÇÃO - ART. 180 DO CP

01. (Agente de Polícia/PC-PB/CESPE/2009) *Júnior, advogado, teve o seu relógio furtado. Dias depois, ao visitar uma feira popular, percebeu que o referido bem estava à venda por R$ 30,00. Como pagou R$ 2.000,00 pelo relógio e não queria se dar ao trabalho de acionar as autoridades policiais, Júnior desembolsou a quantia pedida pelo suposto comerciante e recuperou o objeto.*

c) praticou o delito de receptação.

Resolvendo:

O art.180 do CP somente versa que seja produto de crime, não determina de que natureza deva ser o crime antecedente, assim sendo, é perfeitamente possível que seja de natureza diversa dos crimes contra o patrimônio.

Receptação de receptação é uma figura interessante, contudo, deve-se ter em mente que, para que ocorra, o réu deve ter conhecimento de sua ocorrência, ou seja, sabedor da ocorrência de uma receptação anterior.

i) ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS – ART. 181 DO CP

01. (OAB, 2ª fase-FGV/2010.3) *Caio, residente no município de São Paulo, é convidado por seu pai, morador da cidade de Belo Horizonte, para visitá-lo. Ao dirigir-se até Minas Gerais em seu carro, Caio dá carona a Maria, jovem belíssima que conhecera na estrada e que, ao saber do destino de Caio, o convence a subtrair pertences da casa do genitor do rapaz, chegando a sugerir que ele aguardasse o repouso noturno de seu pai para efetuar a subtração. Ao chegar ao local, Caio janta com o pai e o espera adormecer, quando então subtrai da residência uma televisão de plasma, um aparelho de som e dois mil reais. Após encontrar-se com Maria no veículo, ambos se evadem do local e são presos quando chegavam ao município de São Paulo. Com base no relatado acima, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.*

a) Caio pode ser punido pela conduta praticada e provada?

Resolvendo:

Não, uma vez que incide sobre o caso a escusa absolutória, prevista no art. 181, II, do CP.

Escusas absolutórias são circunstâncias de **caráter pessoal**, referente a **laços familiares ou afetivos** entre os envolvidos, que por razões de política criminal, o legislador houve por bem afastar a punibilidade.

São também chamadas de "casos de imunidade penal absoluta", "causas de exclusão" ou de "causas de isenção de pena". São, portanto, causas extintivas da punibilidade. Ex.: **filho que subtrai dinheiro do pai**.

Tais situações estão previstas nos artigos 181, I e II e 348, §2º, do Código Penal.

> ***Art. 181. É isento de pena*** *quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*
>
> *I - do* ***cônjuge****, na constância da sociedade conjugal;*
>
> *II - de* ***ascendente ou descendente****, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.*
>
> ***Art. 348.*** *Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - Se quem presta o auxílio é a****scendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso****, fica* ***isento de pena****.*

CUIDADO com as exceções:

Art. 183. *Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: (arts. 181 e 182)*

I - se o ***crime é de roubo*** *ou* ***de extorsão****, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;*

II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado ***contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.*** *(Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)*

02. (OAB, XVII Exame/GFV/2015) Marcondes, necessitando de dinheiro para comparecer a uma festa no bairro em que residia, decide subtrair R$ 1.000,00 do caixa do açougue de propriedade de seu pai. Para isso, aproveita-se da ausência de seu genitor, que, naquele dia, comemorava seu aniversário de 63 anos, para arrombar a porta do estabelecimento e subtrair a quantia em espécie necessária.

Analisando a situação fática, é correto afirmar que:

C) Marcondes deverá responder pelo crime de furto qualificado.

Resolvendo:

Embora Marcondes tenha subtraído quantia pertencente a seu pai, não está isente da pena (art. 181, CPP), pois além de seu pai ter mais de 60 anos (Art. 183, III, CP), Marcondes praticou crime de roubo (art. 155, § 4º, I, c/c art. 183, I).

Desta forma, deverá responder pelo crime de furto qualificado.

03. (Juiz-TJ-CE/CESPE/ 2012) *Antenor e Braz, ambos com dezenove anos de idade, planejaram, em comum acordo, furtar bens dos pais de Antenor, quando estes estivessem trabalhando. Na data combinada, os agentes subtraíram joias e dinheiro, no valor total de R$ 5.000,00, da residência do casal, local onde reside Antenor. Os pais de Antenor contam, cada um, cinquenta e cinco anos de idade. Com base nessa situação hipotética e no que dispõe o CP, assinale a opção correta*

c) Independentemente da quantia e da utilidade dos bens subtraídos, Antenor está isento de pena.

Resolvendo:

Ver Art. 181 do CP.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

a) ESTUPRO - ART. 213

01. (Promotor-SE/CESPE/2010) *Túlio praticou ato libidinoso, ao tocar os seios de Cida, e, nesse momento, decidiu estuprá-la. Túlio acabou, então, consumando ambas as condutas contra a mesma vítima e no mesmo contexto.*

Nessa situação hipotética, Túlio deverá responder.

d) Por crime único de estupro.

Resolvendo:

Embora Túlio tenha pratica mais de um ato, tocar os seios de Cida e depois estupra-la, há se falar em concurso de crimes, visto que o art. 213 do CP traz um misto alternativo "**OU**". Portanto, deve ser afastado o concurso de crime e, consequentemente, responder apenas por estupro.

b) VIOLÊNCIA SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - ART. 215

01. (OAB 1ª fase/Exame X) José, rapaz de 23 anos, acredita ter poderes espirituais excepcionais, sendo certo *que todos conhecem esse seu "dom", já que ele o anuncia amplamente. Ocorre que José está apaixonado por Maria, jovem de 14 anos, mas não é correspondido. Objetivando manter relações sexuais com Maria e conhecendo o misticismo de sua vítima, José a faz acreditar que ela sofre de um mal espiritual, o qual só pode ser sanado por meio de um ritual mágico de cura e purificação, que consiste em manter relações sexuais com alguém espiritualmente capacitado a retirar o malefício. José diz para Maria que, se fosse para livrá-la daquilo, aceitaria de bom grado colaborar no ritual de cura e purificação. Maria, muito assustada com a notícia, aceita e mantém, de forma consentida, relação sexual com José, o qual fica muito satisfeito por ter conseguido enganá-la e, ainda, satisfazer seu intento, embora tenha ficado um pouco frustrado por ter descoberto que Maria não era mais virgem. Com base na situação descrita, assinale a alternativa que indica o crime que José praticou.*

b) Violência sexual mediante fraude (Art. 215, do CP).

Resolvendo:

Adequação típica perfeita ao artigo 215 do CP.

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

02. (OAB/CESPE – 2007.2) *Marcelo induziu Letícia em erro, fazendo que ela se enganasse sobre a identidade pessoal dele. Devido ao ardil, Letícia concordou em ter com ele conjunção carnal. Nessa situação hipotética, a conduta de Marcelo é classificada no direito penal como*

(A) posse sexual mediante fraude.

c) ESTUPRO DE VULNERÁVEL- ART. 217-A

01. (OAB/XX Exame/FGV/2016) *Durante dois meses, Mário, 45 anos, e Joana, 14 anos, mantiveram relações sexuais em razão de relacionamento amoroso. Apesar do consentimento de ambas as partes, ao tomar conhecimento da situação, o pai de Joana, revoltado, comparece à Delegacia e narra o ocorrido para a autoridade policial,*

esclarecendo que o casal se conhecera no dia do aniversário de 14 anos de sua filha.

Considerando apenas as informações narradas, é correto afirmar que a conduta de Mário

A) é atípica, em razão do consentimento da ofendida.

ATENÇÃO: Deve-se ressaltar que, com o advento da **Lei 13.781, de 25.09.2018,** o art. 225 do Código Penal teve sua redação alterada, passando a prevê que os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável (arts. 213 a 218-C) **são, agora, crimes de ação penal pública incondicionada** (antes eram crimes de ação penal pública condicionada, com regra).

02. (OAB 2ª fase- FGV/2011.2) *Joaquina, ao chegar à casa de sua filha, Esmeralda, deparou-se com seu genro, Adaílton, mantendo relações sexuais com sua neta, a menor F.M., de 12 anos de idade, fato ocorrido no dia 2 de janeiro de 2011. Transtornada com a situação, Joaquina foi à delegacia de polícia, onde registrou ocorrência do fato criminoso. Ao término do Inquérito Policial instaurado para apurar os fatos narrados, descobriu-se que Adaílton vinha mantendo relações sexuais com a referida menor desde novembro de 2010. Apurou-se, ainda, que Esmeralda, mãe de F.M., sabia de toda a situação e, apesar de ficar enojada, não comunicava o fato à polícia com receio de perder o marido que muito amava.*

Na condição de advogado(a) consultado(a) por Joaquina, avó da menor, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

a) Adaílton praticou crime? Em caso afirmativo, qual? (Valor: 0,3)

b) Esmeralda praticou crime? Em caso afirmativo, qual? (Valor: 0,5)

c) Considerando que o Inquérito Policial já foi finalizado, deve a avó da menor oferecer queixa-crime? (Valor: 0,45)

Resolvendo (Gabarito FGV):

a) Sim. Estupro de vulnerável (0,2) – art. 217-A do CP (0,1)

b) Sim. Estupro de vulnerável (0,3) – art. 217-A do CP c/c artigo 13, §2º, "a", do CP OU era garantidora (0,2)

c) Não, por se tratar de ação penal pública incondicionada (0,35). Art. 225, parágrafo único, do CP (0,1).

CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR - ART. 298 E ATIPICIDADE DA CONDUTA

01. (OAB 1ª FASE/2010.3) *Ao concluir o curso de Engenharia, Arli, visando fazer uma brincadeira, inseriu, à caneta, em seu diploma, declaração falsa sobre fato juridicamente relevante. A respeito desse ato, é correto afirmar que Arli:*

d) não praticou crime algum.

Resolvendo:

Crime é a conduta típica, antijurídica e culpável. Recordem dos degraus da escada. A conduta por parte do agente existiu. O tipo objetivo está revestido pela conduta de inserção de declaração falsa. Porém, não há o elemento subjetivo do tipo diverso do dolo por parte do agente (*animus jocandi*). Assim, como não se pode pular nenhum degrau da escada para aplicação da pena, não houve prática de crime.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

a) PECULATO - ART. 312

01. (FVG/2010) *Maria da Silva, funcionária da Secretaria de Fazenda Estadual, falsificando a assinatura do Secretário de Fazenda, forjou um documento de liberação de R$ 500.000,00 dos cofres do Estado. A seguir, ela transferiu tal quantia para uma conta corrente do Banco do Brasil, de titularidade de João de Souza, que a sacou e, posteriormente, remunerou Maria com R$ 250.000,00. Ficou comprovado que Maria da Silva se valeu de sua função pública para desviar dinheiro dos cofres públicos estaduais. O crime praticado por Maria foi o de:*

c) peculato-furto (art. 312, § 1º, CP).

02. (OAB 1ª fase/Exame unificado/CESPE/2010.1) *Considere que Charles, funcionário público no exercício de suas funções, tenha desviado dolosamente valores particulares de que tinha posse em razão do cargo. Nessa situação hipotética:*

c) Charles praticou peculato-desvio, podendo eventual reparação do dano ser considerada arrependimento posterior ou circunstância atenuante genérica, a depender do momento em que for efetivada.

Resolvendo:

Ver Art. 312 c/c art. 16 ambos do CP.

b) PECULATO FURTO (peculato impróprio) art. 312, §1º *versus* concurso de pessoas

01. (Delegado de Polícia-GO/UEG/2008) *"A", funcionário público, e "B", pessoa dele conhecida, caixa em um famoso banco privado, resolveram subtrair um notebook e uma impressora da companhia de abastecimento de água na qual "A" exerce suas funções. "B" sabe que "A" assumiu as funções recentemente na empresa pública. "A", em um feriado, valendo-se da facilidade que o seu cargo lhe proporciona, identifica-se na recepção e diz ao porteiro que havia esquecido sua carteira de motorista, e que ali voltara para buscá-la, pois iria viajar para o interior do estado para aproveitar a folga do feriado, tendo, assim, o seu acesso liberado naquele prédio público. Rapidamente, dirige-se para o local onde o computador portátil e a impressora se encontravam guardados e, abrindo uma janela que dava acesso para a rua, o entrega a "B", que ansiosamente aguardava do lado de fora do mencionado prédio. "A" despede-se do porteiro e vai ao encontro de "B", para que, juntos, transportassem os bens subtraídos. Qual o crime praticado por "A" e por "B"?*

Resolvendo:

"A" e "B" respondem por peculato-furto, em concurso de pessoas.

CP: Art. 312. *Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:*

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

CP: Art. 29. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

CP: Art. 30. *Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

c) PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM - ART. 313

01. (OAB 1ª fase/2010.2/ FGV) *Fundação Pública Federal contrata o técnico de informática Abelardo Fonseca para que opere o sistema informatizado destinado à elaboração da folha de pagamento de seus funcionários. Abelardo, ao elaborar a referida folha de pagamento, altera as informações sobre a remuneração dos funcionários da Fundação no sistema, descontando a quantia de cinco reais de cada um deles. A seguir, insere o seu próprio nome e sua própria conta bancária no sistema, atribuindo-se a condição de funcionário da Fundação e destina à sua conta o total dos valores desviados dos demais. Terminada a elaboração da folha, Abelardo remete as informações à seção de pagamentos, a qual efetua os pagamentos de acordo com as informações lançadas no sistema por ele.*

Considerando tal narrativa, é correto afirmar que Abelardo praticou crime de:

d) inserção de dados falsos em sistema de informações.

Resolvendo:

Ver Arts. 313 e 313-A do CP.

02. (OAB 1ª fase/Exame X) *Coriolano, objetivando proteger seu amigo Romualdo, não obedeceu à requisição do Promotor de Justiça no sentido de determinar a instauração de inquérito policial para apurar eventual prática de conduta criminosa por parte de Romualdo.*

b) prevaricação (Art. 319, do CP).

Resolvendo:

A conduta descrita no problema enquadra-se perfeitamente na redação do crime previsto no artigo 319 do CP.

d) DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - ART. 339

01. (OAB 1ª fase/2011.2) *Ao tomar conhecimento de um roubo ocorrido nas adjacências de sua residência, Caio compareceu à delegacia de polícia e noticiou o crime, alegando que vira Tício, seu inimigo capital, praticar o delito, mesmo sabendo que seu desafeto se encontrava na Europa na data do fato. Em decorrência do exposto, foi instaurado inquérito policial para apurar as circunstâncias do ocorrido.*

A esse respeito, é correto afirmar que Caio cometeu

d) delito de denunciação caluniosa.

Resolvendo:

Ver Art. 339 do CP.

02. (OAB - XIX Exame/ FGV – 2016) *Patrício, ao chegar em sua residência, constatou o desaparecimento de um relógio que havia herdado de seu falecido pai. Suspeitando de um empregado que acabara de contratar para trabalhar em sua casa e que ficara sozinho por todo o dia no local, Patrício registrou o fato na Delegacia própria, apontando, de maneira precipitada, o empregado como autor da subtração, sendo instaurado o respectivo inquérito em desfavor daquele "suspeito". Ao final da investigação, o inquérito foi arquivado a requerimento do Ministério Público, ficando demonstrado que o indiciado não fora o autor da infração.*

Considerando que Patrício deu causa à instauração de inquérito policial em desfavor de empregado cuja inocência restou demonstrada, é correto afirmar que o seu comportamento configura

A) fato atípico.

Resolvendo:

Ver Art. 339 do CP.

e) FAVORECIMENTO REAL - ART. 349

01. (OAB 1ª Fase/VII exam.2012.1) *Baco, após subtrair um carro esportivo de determinada concessionária de veículos, telefona para Minerva, sua amiga, a quem conta a empreitada criminosa e pede ajuda. Baco sabia que Minerva morava em uma grande casa e que poderia esconder o carro facilmente lá. Assim, pergunta se Minerva poderia ajuda-lo, escondendo o carro em sua residência. Minerva, apaixonada por Baco, aceita prestar a ajuda. Nessa situação, Minerva deve responder por*

d) favorecimento real.

Resolvendo:

Minerva não ajudou Baco a praticar o furto, pois o mesmo a procurou após a consumação. Minerva não tem intenção de obter vantagem patrimonial; portanto

não é receptação. O crime é contra a justiça (favorecimento real) ajudando o criminoso a esconder o produto do crime e, por conseguinte, burlando a justiça.

02. (OAB, 2ª fase-IX/2012) *Raimundo, já de posse de veículo automotor furtado de concessionária, percebe que não tem onde guardá-lo antes de vendê-lo para a pessoa que o encomendara. Assim, resolve ligar para um grande amigo seu, Henrique, e após contar toda sua empreitada, pede-lhe que ceda a garagem de sua casa para que possa guardar o veículo, ao menos por aquela noite. Como Henrique aceita ajudá-lo, Raimundo estaciona o carro na casa do amigo. Ao raiar do dia, Raimundo parte com o veículo, que seria levado para o comprador.*

Considerando as informações contidas no texto responda, justificadamente, o item a seguir.

B) Qual o delito praticado por Henrique?

Resolvendo:

Ver Art. 349 do CP.

f) EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO - ART. 357 do CP

01. (OAB, 2ª fase/CESPE.2006.2) *Considerando que Cássio, advogado, recebeu dinheiro de sua cliente a pretexto de influenciar o promotor de justiça na elaboração de parecer, redija um texto, de forma fundamentada, tipificando a conduta do advogado e indicando o objeto jurídico tutelado pelo tipo em questão. Aborde ainda a classificação do delito quanto ao resultado.*

Resolvendo:

Cássio a conduta prevista no art. 357 do CP, qual seja: exploração de prestígio.

O objeto jurídico do tipo em questão é a administração pública.

Na modalidade solicitar o crime é formal, ou seja consuma-se com a mera solicitação, mesmo que não ocorra o recebimento.

Na modalidade receber (como no caso apresentado) o crime é material, consuma-se com o efetivo recebimento.

6.2 DIREITO PROCESSUAL PENAL

PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

(OAB 1ª FASE/Exame X) Um professor na aula de Processo Penal esclarece a um aluno que o Ministério Público, após ingressar com a ação penal, não poderá desistir dela, conforme expressa previsão do Art. 42 do CPP. O professor estava explicando ao aluno o princípio da

c) indisponibilidade.

Resolvendo:

O referido princípio da conta de que depois de iniciada ação penal, ainda que tenha ela sido iniciada por meio de queixa subsidiária, ainda sim, o Ministério público não poderá dispor da ação penal por meio da desistência. A mesma força principiológica também é vista nos recursos já interpostos. Conforme os artigos 42 e 576 do CPP.

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

COMPETÊNCIA

01. (OAB 2ª fase-XIV Exame/FGV/2014) *Daniel, Ana Paula, Leonardo e Mariana, participantes da quadrilha "X", e Carolina, Roberta, Cristiano, Juliana, Flavia e Ralph, participantes da quadrilha "Y", fazem parte de grupos criminosos especializados em assaltar agências bancárias. Após intensos estudos sobre divisão de tarefas, locais, armas, bancos etc., ambos os grupos, sem ciência um do outro, planejaram viajar até a pacata cidade de Arroizinho com o intuito de ali realizarem o roubo. Cumpre ressaltar que, na cidade de Arroizinho, havia apenas duas únicas agências bancárias, a saber: uma agência do Banco do Brasil, sociedade de economia mista, e outra da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal. No dia marcado, os integrantes da quadrilha "X" praticaram o crime objetivado contra o Banco do Brasil; os integrantes da quadrilha "Y" o fizeram contra a Caixa Econômica Federal. Cada grupo, com sua conduta, conseguiu auferir a vultosa quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).*

Nesse caso, atento tão somente aos dados contidos no enunciado, responda fundamentadamente de acordo com a Constituição:

A) Qual a justiça competente para o processo e julgamento do crime cometido pela quadrilha "Y"? (Valor: 0,65)

B) Qual a justiça competente para o processo e julgamento do crime cometido pela quadrilha "X"? (Valor: 0,60)

Gabarito comentado (FGV)

A Constituição da República, em seu artigo 109, IV, estabelece que compete à Justiça Federal o julgamento das as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Trata-se de competência determinada ratione personae. Assim, para se estabelecer a competência de julgamento dos crimes mencionados no enunciado, o examinando deverá, em primeiro lugar, levar em consideração a natureza jurídica da pessoa lesada.

Destarte, no caso do item "A", a competência para julgamento do crime em que foi lesada a CEF é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV da CRFB/88.

Relativamente ao item "B", levando-se em conta que o lesado foi o Banco do Brasil, a competência para o julgamento do crime praticado é da Justiça Estadual, pois, como visto anteriormente, referida instituição está fora do alcance da regra insculpida no artigo 109, IV da CF, sendo certo que a competência da Justiça Estadual é residual. Além disso, há também o verbete 42 da Súmula do STJ sobre o tema: "C*ompete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento*."

02. **(Delegado de Polícia Civil-RJ/FUNCAB/2012)** ***Arimateia****, prefeito municipal, juntamente com* ***Sérgio****, seu motorista, este na qualidade de partícipe, mataram Gisela, esposa do prefeito.* ***Vanessa****, a empregada da casa, se depara com ambos ainda nervosos diante do cadáver e resolveu propor que ocultassem o corpo, enterrando-o no jardim da casa, o que foi feito pelos três. Pode-se dizer sobre a competência que:*

I. Todos serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

II. Pelo crime de homicídio, apesar da continência, Arimateia será julgado no Tribunal de Justiça e Sérgio será julgado no Tribunal do Júri.

III. Com relação à ocultação de cadáver, Arimateia e Vanessa serão julgados pelo Tribunal de Justiça e Sérgio, pelo homicídio e pela ocultação de cadáver, em razão da conexão teleológica, será julgado no Tribunal do Júri.

IV. Arimateia será julgado por ambos os crimes no Tribunal de Justiça, enquanto Sérgio e Vanessa serão julgados no Tribunal do Júri.

c) Apenas II e III estão corretas.

Resolvendo a questão:

O autor principal do crime foi Arimateia, que é **prefeito e possui foro por prerrogativa de função**. Como a competência para julgar crimes (inclusive dolosos contra a vida) praticados por prefeito é do Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF/88), Vanessa também será julgada pelo TJ, em decorrência da conexão, já que o crime que ela praticou não é de competência do júri (ocultação de cadáver). Assim, ela deve ser julgada juntamente com o prefeito, conforme prevê a Súmula 702-STF: *"A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau*."

Quanto a Sérgio, este participou do crime de homicídio. Como ele não tem prerrogativa de função é o único que deve ser julgado pelo Tribunal do Júri.

03. (Delegado de Polícia-AP/FGV/2010) *Após surpreender Manoel Cunha mantendo relações sexuais com sua esposa, o deputado federal Paulo Soares persegue Manoel até uma cidade vizinha. Nessa cidade, dá três tiros em Manoel, que vem a falecer em decorrência das lesões provocadas pela ação de Paulo. No curso do inquérito policial instaurado para apurar os fatos, o mandato de Paulo chega ao fim e o mesmo não consegue se reeleger. Considerada tal narrativa, assinale a alternativa que indique quem tem competência para processar e julgar Paulo por homicídio.*

b) o tribunal de júri da comarca em que a vítima faleceu.

Resolvendo a questão:

A prerrogativa de função de deputado federal está prevista no § 1º, do art. 53 do Constituição Federal,

> *Art. 53.*
>
> *§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)*

Como se observa no enunciado da questão, ainda não fase de investigação, o mandato do deputado se encerra e ele não se elege. Portanto, perdeu sua prerrogativa de função e, sem prerrogativa de função não há privilégio, logo, será julgado pelo tribunal do júri na comarca do local da consumação do fato, conforme art. 70 do CPP.

PROVAS ILÍCITAS

01. (OAB-IV Exam.) *Maria, jovem extremamente possessiva, comparece ao local em que Jorge, seu namorado, exerce o cargo de auxiliar administrativo e* ***abre uma carta lacrada que havia sobre a mesa*** *do rapaz. Ao ler o conteúdo, descobre que Jorge se apropriara de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), que recebera da empresa em que trabalhava para efetuar um pagamento, mas utilizara tal quantia para comprar uma joia para uma moça chamada Júlia.*

Absolutamente transtornada, Maria entrega a correspondência aos patrões de Jorge.

Com base no relatado acima, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

b) Se o Ministério Público oferecesse denúncia com base exclusivamente na ***correspondência aberta por Maria****, o que você, na qualidade de advogado de Jorge, alegaria?*

Resolvendo:

José praticou o crime de Apropriação indébita qualificada (ou majorada) em razão do ofício, prevista no art. 168, parágrafo 1º, III do CP.

No Caso em tela, falta de justa causa para a instauração de ação penal, já que a denúncia se encontra lastreada exclusivamente em uma **prova ilícita**, porquanto decorrente de violação a uma norma de direito material (art. 151 do CP).

PRISÃO PREVENTIVA

01. (AOB 2ª fase – XXIV exame – FGV/2018) No dia 15 de maio de 2017, Caio, pai de um adolescente de 14 anos, conduzia um veículo automotor, em via pública, às 14h, quando foi solicitada sua parada em uma blitz. Após consultar a placa do automóvel, os policiais constataram que o veículo era produto de crime de roubo ocorrido no dia 13 de maio de 2017, às 09h. Diante da suposta prática do crime de receptação, realizaram a prisão e encaminharam Caio para a Delegacia. Em sede policial, a vítima do crime de roubo foi convidada a comparecer e, em observância a todas as formalidades legais, reconheceu Caio como o autor do crime que sofrera. A autoridade policial lavrou auto de prisão em flagrante pelo crime de roubo em detrimento de receptação. O Ministério Público, em audiência de custódia, manifesta-se pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, valorizando o fato de Caio ser reincidente, conforme confirmação constante de sua Folha de

Antecedentes Criminais. Quando de sua manifestação, o advogado de Caio, sob o ponto de vista técnico, deverá requerer

B) relaxamento da prisão, em razão da ausência de situação de flagrante.

Resolvendo (Gabarito FGV):

À primeira vista parece que houve flagrante delito, porém, ao analisar com cuidado a questão percebe-se que há se falar em flagrante delito. Para entendermos isso, vejamos o que diz o CPP, em seu art. 302:

> *Art. 302.* ***Considera-se em flagrante delito quem****:*
>
> *I -* ***está cometendo*** *a infração penal;*
>
> *II -* ***acaba de cometê-la****;*
>
> *III -* ***é perseguido****, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*
>
> *IV -* ***é encontrado, logo depois****, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

Perceba que o roubo ocorreu em 13 de maio e somente no dia 15 de maio é que Caio foi abordado pelos policiais. Da leitura do art. 302 do CPP se extrai que as situações de flagrante delito previstas no CPP, nenhuma se enquadram na questão. Assim, não há se falar em flagrante, visto que o rol do art. 302 é taxativo.

TRIBUNAL DO JÚRI

01. (AOB 2ª fase – XXIV exame – FGV/2018) Luiz foi condenado, em primeira instância, pela prática de crime de homicídio qualificado em razão de recurso que dificultou a defesa da vítima. Durante seu interrogatório em Plenário, Luiz confessou a prática delitiva, mas disse que não houve recurso que dificultou a defesa da vítima, tendo em vista que ele estava discutindo com ela quando da ação delitiva. Insatisfeito com o reconhecimento da qualificadora pelos jurados, já que, diferentemente do que ocorreu em relação à autoria, não haveria qualquer prova em relação àquela, o advogado apresentou, de imediato, recurso de apelação. Considerando apenas as informações narradas, o advogado de Luiz deverá buscar, em sede de recurso,

B) o reconhecimento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos em relação à qualificadora, com consequente realização de nova sessão de julgamento.

NULIDADE PROCESSUAL

01. (OAB-IV Exame/FGV/20011) *Na cidade de Arsenal, no Estado Z, residiam os deputados federais Armênio e Justino. Ambos objetivavam matar Frederico, rico empresário que possuía valiosas informações contra eles. Frederico morava na cidade de Tirol, no Estado K, mas seus familiares viviam em Arsenal. Sabendo que Frederico estava visitando a família, Armênio e Justino decidiram colocar em prática o plano de matá-lo. Para tanto, seguiram Frederico quando este saía da casa de seus parentes e, utilizando-se do veículo em que estavam, bloquearam a passagem de Frederico, de modo que a caminhonete deste não mais conseguia transitar. Ato contínuo, Armênio e Justino desceram do automóvel. Armênio imobilizou Frederico e Justino desferiu tiros contra ele, Frederico. Os algozes deixaram rapidamente o local, razão pela qual não puderam perceber que Frederico ainda estava vivo, tendo conseguido salvar-se após socorro prestado por um passante. Tudo foi noticiado à polícia, que instaurou o respectivo inquérito policial. No curso do inquérito, os mandatos de Armênio e Justino chegaram ao fim, e eles não conseguiram se reeleger. O Ministério Público, por sua vez, munido dos elementos de informação colhidos na fase inquisitiva, ofereceu denúncia contra Armênio e Justino, por tentativa de homicídio, ao Tribunal do Júri da Justiça Federal com jurisdição na comarca onde se deram os fatos, já que, à época, os agentes eram deputados federais. Recebida a denúncia, as defesas de Armênio e Justino mostraram-se conflitantes. Já na fase instrutória, Frederico teve seu depoimento requerido. A vítima foi ouvida por meio de carta precatória em Tirol. Na respectiva audiência, os advogados de Armênio e Justino não compareceram, de modo que juízo deprecado nomeou um único advogado para ambos os réus. O juízo deprecante, ao final, emitiu decreto condenatório em face de Armênio e Justino. Armênio, descontente com o patrono que o representava, destituiu-o e nomeou você como novo advogado.*

Com base no cenário acima, indique duas nulidades que podem ser arguidas em favor de Armênio.

Justifique com base no CPP e na CRFB. (Valor: 1,25)

Resolvendo (Gabarito FGV):

Primeiramente há que ser arguida nulidade por incompetência absoluta (art. 564, I, do CPP), pois no caso não há incidência de nenhuma das hipóteses mencionadas no art. 109 da CRFB que justifiquem a atração do processo à competência da Justiça Federal.

Ademais, o fato de os agentes serem ex-deputados federais não enseja deslocamento de competência. Nesse sentido, competente é o Tribunal do Júri da Comarca onde se deram os fatos, pois, cessado o foro por prerrogativa de função, voltam a incidir as regras normais de competência para o julgamento da causa, de modo que, dada à natureza da infração (crime doloso contra a vida), a competência é afeta ao Tribunal do Júri de Arsenal. Além disso, também deverá ser arguida nulidade com base no art. 564, IV, do CPP. A nomeação de somente um advogado para ambos réus, feita pelo juízo deprecado, não respeita o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), pois, como as defesas eram conflitantes, a nomeação de um só advogado prejudica os réus.

Por fim, com base nos artigos 413 e 414 do CPP, bem como art. 5º, LIII da CRFB/88, poderá ser arguida nulidade pela falta de apreciação da causa pelo juiz natural do feito.

02. (OAB-XIV Exame/FGV/20014) *Gustavo está sendo regularmente processado, perante o Tribunal do Júri da Comarca de Niterói-RJ, pela prática do crime de homicídio simples, conexo ao delito de sequestro e cárcere privado. Os jurados consideraram-no inocente em relação ao delito de homicídio, mas culpado em relação ao delito de sequestro e cárcere privado. O juiz presidente, então, proferiu a respectiva sentença. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação, sustentando que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos. A defesa, de igual modo, apelou, objetivando também a absolvição em relação ao delito de sequestro e cárcere privado.*

O Tribunal de Justiça, no julgamento, negou provimento aos apelos, mas determinou a anulação do processo (desde o ato viciado, inclusive) com base no Art. 564, III, i, do CPP, porque restou verificado que, para a constituição do Júri, somente estavam presentes 14 jurados.

Nesse sentido, tendo como base apenas as informações contidas no enunciado, responda justificadamente às questões a seguir.

A) A nulidade apresentada pelo Tribunal é absoluta ou relativa? Dê o respectivo fundamento legal. (Valor: 0,40)

B) A decisão do Tribunal de Justiça está correta? (Valor: 0,85)

Utilize os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

Gabarito comentado (FGV)

A questão objetiva extrair do examinando conhecimento acerca da teoria geral das nulidades no Processo Penal.

Nesse sentido, para garantir os pontos relativos à questão, o examinando deve, na alternativa "A", indicar que a hipótese é de **nulidade absoluta**, nos termos do artigo 564, III, alínea "i" c/c 572, ambos do CPP.

Em relação à alternativa "B", o examinando deve lastrear sua resposta no sentido de que **não foi correta a atitude do Tribunal de Justiça**. Isso porque, de acordo com o **Verbete 160 da Súmula do STF**, o Tribunal de Justiça não pode acolher, contra o réu, nulidade não aventada pela acusação em seu recurso. Assim agir significaria desrespeito ao princípio da veda a reformatio in pejus indireta.

O enunciado da questão foi claro ao informar que o recurso do Ministério Público não alegou nenhuma nulidade.

Destarte, levando em conta que o réu foi absolvido em relação ao delito de homicídio, o reconhecimento de nulidade implicar-lhe-á em prejuízo.

MUTATIO LIBELLI" E "*EMENDATIO LIBELLI*

01. (OAB - 1ª fase-XIV/2014) *Wilson está sendo regularmente processado pela prática do crime de furto. Durante a instrução criminal, entretanto, as testemunhas foram uníssonas ao afirmar que, para a subtração, Wilson utilizou-se de grave ameaça, exercida por meio de uma faca.*

A partir do caso narrado, assinale a opção correta.

c) A hipótese é de mutatio libelli e, nos termos da lei, o Ministério Público deverá fazer o respectivo aditamento.

Resolvendo:

Observe que no caso apesentado, Wilson está sendo processado por furto, porém as testemunhas afirmaram que ele usou de violência. **Portanto, muito cuidado nesse tipo de questão.**

Distinção entre *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*

EMENDATIO LIBELLI. **Não há mudança na descrição** da conduta, mas apenas uma correção.

> CPP: Art. 383. *O juiz, **SEM MODIFICAR a descrição do fato contida na denúncia ou queixa**, PODERÁ **atribuir-lhe definição jurídica diversa**, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.*

MUTATIO LIBELLI – **Há uma mudança na tipificação** a conduta. O juiz não pode fazer essa mudança.

> *CPP: Art. 384. Encerrada a instrução probatória, SE ENTENDER CABÍVEL **NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO**, **em consequência de PROVA EXISTENTE NOS AUTOS** de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar*

a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

02. (OAB-VII Exam.) *João e José foram denunciados pela prática da conduta descrita no art. 316 do CP (concussão). Durante a instrução, percebeu-se que os fatos narrados na denúncia não corresponderiam àquilo que efetivamente teria ocorrido, razão pela qual, ao cabo da instrução criminal e após a respectiva apresentação de memoriais pelas partes, apurou-se que a conduta típica adequada seria aquela descrita no art. 317 do CP (corrupção passiva). O magistrado, então, fez remessa dos autos ao Ministério Público para fins de aditamento da denúncia, com a nova capitulação dos fatos. Nesse sentido, atento(a) ao caso narrado e considerando apenas as informações contidas no texto, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.*

a) Estamos diante de hipótese de mutatio libelli ou de emendatio libelli? Qual dispositivo legal deve ser aplicado?

b) Por que o próprio juiz, na sentença, não poderia dar a nova capitulação e, com base nela, condenar os réus?

c) É possível que o Tribunal de Justiça de determinado estado da federação, ao analisar recurso de apelação, proceda à mutatio libelli?

Resolvendo:

a) Trata-se de *mutatio libelli*, instituto descrito no art. 384 do CPP.

b) O juiz não poderia, na sentença, dar nova capitulação (e com base nela condenar os réus) porque deve obediência aos princípios da imparcialidade e inércia da jurisdição.

c) NÃO é possível que o Tribunal de Justiça, ao analisar o recurso de apelação, proceda à *mutatio libelli*, pois, nos termos do verbete 453 da Súmula do STF, verbis: "*não se aplicam à segunda instância o art. 384 (...)*

REFORMATIO IN PEJUS – ART. 619 DO CPP

01. (V exame de ordem unificado/2011.2) *Em 10 de janeiro de 2007, Eliete foi denunciada pelo Ministério Público pela prática do crime de furto qualificado por abuso de confiança, haja vista ter alegado o Parquet que a denunciada havia se valido da qualidade de empregada doméstica para subtrair, em 20 de dezembro de 2006, a quantia de R$ 50,00 de seu patrão Cláudio, presidente da maior empresa do Brasil no segmento de venda de alimentos no varejo.*

A denúncia foi recebida em 12 de janeiro de 2007, e, após a instrução criminal, foi proferida, em 10 de dezembro de 2009, sentença penal julgando procedente a pretensão acusatória para condenar Eliete à pena final de dois anos de reclusão, em razão da prática do crime previsto no artigo 155, §2º, inciso IV, do Código Penal. Após a interposição de recurso de apelação exclusivo da defesa, o Tribunal de Justiça entendeu por bem anular toda a instrução criminal, ante a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do indeferimento injustificado de uma pergunta formulada a uma testemunha. Novamente realizada a instrução criminal, ficou comprovado que, à época dos fatos, Eliete havia sido contratada por Cláudio havia uma semana e só tinha a obrigação de trabalhar às segundas, quartas e sextas-feiras, de modo que o suposto fato criminoso teria ocorrido no terceiro dia de trabalho da doméstica. Ademais, foi juntada aos autos a comprovação dos rendimentos da vítima, que giravam em torno de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais. Após a apresentação de memoriais pelas partes, em 9 de fevereiro de 2011, foi proferida nova sentença penal condenando Eliete à pena final de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. *Em suas razões de decidir, assentou o magistrado que a ré possuía circunstâncias judiciais desfavoráveis, uma vez que se reveste de enorme gravidade a prática de crimes em que se abusa da confiança depositada no agente, motivo pelo qual a pena deveria ser distanciada do mínimo. Ao final, converteu a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, consubstanciada na prestação de 8 (oito) horas semanais de serviços comunitários, durante o período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses em instituição a ser definida pelo juízo de execuções penais. Novamente não houve recurso do Ministério Público, e a sentença foi publicada no Diário Eletrônico em 16 de fevereiro de 2011.*

Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija, na qualidade de advogado de Eliete, com data para o último dia do prazo legal, o recurso cabível à hipótese, invocando todas as questões de direito pertinentes, mesmo que em caráter eventual.

Padrão de Resposta / Espelho de Correção

Gabarito Comentado:

O candidato deverá redigir uma apelação, com fundamento no artigo 593, I, do CPP, a ser endereçada ao juiz de direito, com razões inclusas endereçadas ao Tribunal de Justiça. Nas razões recursais, o candidato deverá argumentar que a segunda sentença violou a proibição à reformatio in pejus – configurando-se caso de reformatio in pejus indireta –, contida no artigo 617 do CPP, de modo que, em razão do trânsito em julgado para a acusação, a pena não poderia exceder dois anos

de reclusão, estando prescrita a pretensão punitiva estatal, na forma do artigo 109, V, do Código Penal, uma vez que, entre o recebimento da denúncia (12/01/2007) e a prolação de sentença válida (09/02/2011), transcorreu lapso superior a quatro anos.

Superada a questão, o candidato deverá argumentar que inexistia relação de confiança a justificar a incidência da qualificadora (Eliete trabalhava para Cláudio fazia uma semana) e que a quantia subtraída era insignificante, sobretudo tomando-se como referência o patrimônio concreto da vítima. Em razão disso, o candidato deverá requerer a reforma da sentença, de modo a se absolver a ré por atipicidade material de sua conduta, ante a incidência do princípio da insignificância/bagatela.

O candidato deve argumentar, ainda, que, na hipótese de não se reformar a sentença para se absolver a ré, ao menos deveria ser reduzida a pena em razão do furto privilegiado, substituindo-se a sanção por multa.

Em razão de tais pedidos, considerando-se a redução de pena, o candidato deveria requerer a substituição da pena privativa de liberdade por multa, bem como a aplicação da suspensão condicional da pena e/ou suspensão condicional do processo.

Deveria ainda o candidato argumentar sobre a impossibilidade do aumento da pena base realizado pelo magistrado sob o fundamento da enorme gravidade nos crimes em que se abusa da confiança depositada, pois tal motivo já foi levado em consideração para qualificar o delito, não podendo a apelante sofrer dupla punição pelo mesmo fato – bis in idem.

Por fim, o candidato deveria requerer um dos pedidos possíveis para a questão apresentada, tais como:

1- absolvição;

2- reconhecimento da reformatio in pejus, com a aplicação da pena em no máximo 2 anos e a consequente prescrição;

3- atipicidade da conduta, tendo em vista a aplicação do princípio da bagatela;

4- não incidência da qualificadora do abuso da confiança, com a consequente desclassificação para furto simples;

5- aplicação da Suspensão Condicional do Processo;

6- não sendo afastada a qualificadora, a incidência do parágrafo 2º do artigo 155 do CP;

7- a redução da pena pelo reconhecimento do *bis in idem* e a consequente prescrição;

8- aplicação de sursis;

9- inadequação da pena restritiva aplicada, tendo em vista o que dispõe o artigo 46, §3º, do CP.

Alternativamente, o candidato poderá elaborar embargos de declaração, abordando os pontos indicados no gabarito 2.

RECURSOS

01. (OAB, 2ª fase – FGV/2012.3) *Laura, empresária do ramo de festas e eventos, foi denunciada diretamente no Tribunal de Justiça do Estado "X", pela prática do delito descrito no Art. 333 do CP (corrupção ativa). Na mesma inicial acusatória, o Procurador Geral de Justiça imputou a Lucas, Promotor de Justiça estadual, a prática da conduta descrita no Art. 317 do CP (corrupção passiva).*

A defesa de Laura, então, impetrou habeas corpus ao argumento de que estariam sendo violados os princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; arguiu, ainda, que estaria ocorrendo supressão de instância, o que não se poderia permitir.

Nesse sentido, considerando apenas os dados fornecidos, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

A) Os argumentos da defesa de Laura procedem? (Valor: 0,75)

B) Laura possui direito ao duplo grau de jurisdição? (Valor: 0,50)

Padrão de Resposta / Espelho de Correção (FGV)

A. Não procedem os argumentos da defesa de Laura, com base no Verbete 704, da Súmula do STF. O fato de Laura ser julgada diretamente pelo Tribunal de Justiça não lhe tira a possibilidade de manejar outros recursos.

Assim, não há qualquer ferimento ao devido processo legal, nem ao contraditório e muito menos à ampla defesa.

Por fim, também não há que se falar em desrespeito ao princípio do juiz natural, já que a atração por conexão ou continência não configura criação de tribunal de exceção, sendo certo que não se pode confundir "juiz natural" com "juízo de primeiro grau".

B. Laura não possui direito ao duplo grau de jurisdição. O princípio do duplo grau assegura o julgamento da causa em primeira instância e a revisão da sentença por órgão diverso. O recurso que traduz por excelência o princípio do duplo grau é a apelação, a qual devolve ao Tribunal, para nova análise, toda a matéria de fato e de direito. Como Laura será julgada diretamente pelo Tribunal de Justiça, não terá direito ao duplo grau de jurisdição, mas isso não a impede de exercer o contraditório e nem a ampla defesa, estando-lhe assegurado, assim, o devido processo legal.

EMBARGOS INFRINGENTES

02. (OAB 1ª fase/Exame IX) *Joel foi condenado pela prática do crime de extorsão mediante sequestro. A defesa interpôs recurso de Apelação, que foi recebido e processado, sendo certo que o tribunal, de forma não unânime, manteve a condenação imposta pelo juízo a quo. O advogado do réu verifica que o acórdão viola, de forma direta, dispositivos constitucionais, razão pela qual decide continuar recorrendo da decisão exarada pela Segunda Instância. De acordo com as informações acima, assinale a alternativa que indica o recurso a ser interposto.*

d) Embargos Infringentes.

Resolvendo:

Considerando a informação discretamente lançada no texto da questão: "de forma não unânime", indica que o recuso cabível é justamente os embargos infringentes, pois seu cabimento é para atacar as decisões, não unânimes, proferidas no 2º grau de jurisdição, contra os acórdãos proferidos no julgamentos dos recursos de Apelação, RESE e Agravo em Execução.

Previsão legal - Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

CUIDADO!! Esse recurso é exclusivo da defesa, portanto, se a decisão não for unânime, mas favorável à defesa, não poderá a acusação lançar mão dos embargos infringentes.

AGRAVO EM EXECUÇÃO

03. (OAB 1ª fase/Exame X) *José, após responder ao processo cautelarmente preso, foi condenado à pena de oito anos e sete meses de prisão em regime inicialmente fechado. Após alguns anos no sistema carcerário, seu advogado realizou um pedido de livramento condicional, que foi deferido pelo magistrado competente. O membro do parquet entendeu que tal benefício era incabível no momento e deseja recorrer da decisão.*

Sobre o caso apresentado, assinale a afirmativa que menciona o recurso correto.

c) Agravo em Execução, no prazo de 05 (cinco dias);

Resolvendo:

Considerando o que foi dito na alternativa anterior, conforme redação expressa do artigo 197 da Lei 7210/84, o recurso cabível contra decisões proferidas no curso da execução penal será o agravo em execução. No que tange ao prazo do Agravo, aplica-se a Súmula 700 do STF que diz ser de 5 dias o prazo de agravo.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

STF Súmula nº 700 - É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

6.3 PEÇAS AUTÔNOMAS

(OAB, 2ª fase / Exame XXIV - FGV/2018) *No dia 10 de setembro de 2014, Maria conversava na rua com amigas da escola, quando passou pelo local Túlio, jovem de 19 anos, que ficou interessado em conhecer Maria em razão da beleza desta. Um mês após se conhecerem e iniciarem um relacionamento, Túlio e Maria passaram a ter relações sexuais, apesar de Maria ter informado ao namorado que nascera em 09 de julho de 2001. Ao tomar conhecimento dos fatos, o Ministério Público denunciou Túlio pela prática do crime do Art. 217-A do Código Penal. Após a instrução e juntada da carteira de identidade de Maria, na qual constava seu nascimento em 09 de julho de 2001, Túlio foi condenado nos termos da denúncia, tendo ocorrido o trânsito em julgado. Dois anos após a sentença condenatória, os pais de Maria procuram os familiares de Túlio e narram que se sentiam mal pelo ocorrido, porque sempre consideraram o condenado um bom namorado para a filha. Afirmaram, ainda, que autorizavam o namoro, porque, na verdade, consideravam sua filha uma jovem, já que ela nasceu em 09 de julho de 2000, mas somente foi registrada no ano seguinte, pois tinham o sonho de sua filha ser profissional do esporte e entenderam que o registro tardio a beneficiaria profissionalmente.*

Diante de tais informações, em posse de fotografias que comprovam que Maria, de fato, nasceu em 09 de julho de 2000 e da retificação no registro civil, os familiares de Túlio procuram você na condição de advogado(a). Na condição de advogado(a) de Túlio, considerando apenas as informações narradas, responda aos itens a seguir.

A) Diante do trânsito em julgado da sentença condenatória, existe medida judicial a ser apresentada em favor de Túlio, diferente de habeas

corpus, em busca da desconstituição da sentença? Justifique e indique, em caso positivo. (Valor: 0,65)

B) Qual argumento de direito material deverá ser apresentado pelo(a) patrono(a) de Túlio em busca da desconstituição da sentença? Justifique. (Valor: 0,60)

Gabarito FGV comentado:

A) Sim, existe. A medida judicial a ser apresentada em favor de Túlio é a ação de impugnação conhecida como Revisão Criminal, com fundamento no Art. 621, inciso II ou inciso III, do Código de Processo Penal. Isso porque, após a sentença condenatória com trânsito em julgado, foi verificado que o documento de identificação de Maria era ideologicamente falso, já que constava data nascimento diferente da real. A mudança na data de nascimento de Maria altera o fundamento para condenação, tendo em vista que, na realidade, era maior de 14 anos na data dos fatos. O examinando pode, ainda, defender o cabimento do instituto da revisão criminal com base no surgimento de provas novas, após a sentença, que comprovem a inocência do acusado, quais sejam as fotografias e declarações dos pais no sentido de que a certidão de nascimento da filha era falsa e que, na verdade, Maria era maior de 14 anos na data dos fatos.

B) O argumento a ser apresentado é de atipicidade da conduta praticada por Túlio, tendo em vista que Maria era maior de 14 anos na data dos fatos. O Art. 217-A do Código Penal prevê o crime de estupro de vulnerável, sendo uma de suas hipóteses quando o agente pratica conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de 14 anos. Mesmo que Túlio acreditasse que Maria era menor de 14 anos, objetivamente ela não o era, uma vez que nasceu em 09 de julho de 2000. Provado que seu nascimento ocorreu mais de 14 anos antes dos fatos, necessária a absolvição de Túlio em razão da atipicidade da conduta. Importante destacar que os atos sexuais praticados foram consentidos por Maria, logo não há que se falar em crime de estupro do Art. 213 do Código Penal.

6.4 LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEI 7.210/84

01. (OAB 1ª fase – exame VII/2012.1) *Pitágoras foi definitivamente condenado, com sentença penal condenatória transitada em julgado, à pena de 6 (seis) anos de reclusão a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto. Cerca de quatro meses após o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sobreveio nova condenação definitiva, desta vez a 3 (três) anos de reclusão no regime*

inicial aberto, em virtude da prática de crime anterior. Atento ao caso narrado, bem como às disposições pertinentes ao tema presentes tanto no código penal quanto na lei de execuções penais, é correto afirmar que

b) Pitágoras deverá regredir para o regime fechado.

Resolvendo:

Pena acima de 8 anos (soma da pena anterior com a atual) exige regime fechado. É um dos casos de regressão de regime.

02. (OAB/Exame Unificado/2013.2) *Helena, condenada a pena privativa de liberdade, sofre, no curso da execução da referida pena, superveniência de doença mental. Nesse caso, o juiz da execução, verificando que a enfermidade mental tem caráter permanente, deverá:*

c) aplicar o Art. 183 da LEP (Lei n. 7.210/84), que assim privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de Ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança."

Resolvendo:

Atendendo ao princípio da especificidade, o artigo 183 da LEP não deixa dúvida sobre a conduta que o juiz deverá tomar no caso posto, até porque considerando o quadro de saúde da personagem Helena, verifica-se que a doença mental suscitada no problema é irreversível/permanente, e de igual modo também deverá ser a medida de segurança.

Há que se distinguir, aqui, duas situações. Em se tratando de doença mental de caráter transitório, com perspectiva, portanto, de cura, não há por que converter a pena privativa de liberdade em medida de segurança. Aplica-se, aqui, o art. 41 do CP, que estabelece que o sentenciado será transferido para hospital de custória e tratamento e ali permanecerá até o seu restabelecimento. De outro lado, se se tratar de doença mental de caráter permanente, como é o caso narrado no enunciado, deverá ser juiz, em obediência ao que estabelece o art. 183 da LEP, converter a pena privativa de liberdade em medida de segurança, já que não existe, ao menos naquele momento, perspectiva de melhora da saúde mental do condenado.

LEI 7.716/89 – PRECONCEITO RACIAL

01. *(OAB 1ª fase, 135º exame/SP/2008.1) Patrícia, vendedora em uma butique, recusou o acesso de Latifa, mulher muçulmana, à loja, e negou-se a atendê-la, por acreditar que, pelo modo como estava*

trajada, Latifa não tinha o perfil de compradora daquele estabelecimento. Na ocasião, Patrícia deixou transparecer que se considerava superior a Latifa. Considerando a situação hipotética descrita, assinale a opção correta.

b) No delito em questão, pune-se o preconceito, que resultou em atitude segregacionista, pouco interessando a eventual alegação da comerciante de que Latifa, pessoa discriminada, não teria o perfil de cliente daquela loja.

Resolvendo:

Dispõe a Lei 7.716/1989, em seu art. Art. 5º:

"Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador."

E, por conseguinte, o art. 20:

"Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa."

Cumpre aqui fazer distinção entre injúria racial (art. 140, § 1º, do CP) e preconceito racial (Lei 7.716/89). Na **injúria racial**, o agente ofende a honra subjetiva da vítima, não há discriminação; enquanto que no **crime de racismo**, o agente age com descriminação impede o exercício de qualquer direito líquido e certo, em razão de um preconceito.

CÓDIGO DE TRÂNSITO – LEI 9.503/1997

01. (OAB 1ª FASE/2010.3) *Guiando o seu automóvel na contramão de direção, em outubro de 2010, Tício é perseguido por uma viatura da polícia militar. Após ser parado pelos agentes da lei, Tício realiza, espontaneamente, o exame do etilômetro e fornece aos militares sua habilitação e o documento do automóvel. No exame do etilômetro, fica constatado que Tício apresentava concentração de álcool muito superior ao patamar previsto na legislação de trânsito. Além disso, os policiais constatam que o motorista estava com a habilitação vencida desde maio de 2009. Com relação ao relatado acima, é correto afirmar que o promotor de justiça deverá denunciar Tício:*

b) apenas pelo crime de embriaguez ao volante, uma vez que o fato de a habilitação estar vencida constitui mera infração administrativa.

Resolvendo:

De acordo com o art. 306 do CTB, dirigir com carteira vencida não é crime e apenas recorrendo a analogia *in malam partem* (vedada em Direito Penal) poderia ocorrer a tipificação no art. 309 do CTB.

LEI DE DROGA - LEI 11.343/2006

(AOB – Exame VII - 2012.1) *Huguinho está sendo acusado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes. O Ministério Público narra na inicial acusatória que o acusado foi preso em flagrante com 120 papelotes de cocaína, na subida do morro "X", em conhecido ponto de venda de entorpecentes. O Magistrado competente notifica o denunciado Huguinho para apresentar a defesa preliminar. Após a resposta prévia, a denúncia é recebida, oportunidade em que o Juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado e a intimação do Ministério Público. De acordo com a Lei nº. 11.343/06, na Audiência de Instrução e Julgamento,*

A) o juiz interrogará o acusado, promoverá a inquirição das testemunhas (acusação e defesa), dando a palavra, sucessivamente, para a acusação e para a defesa, para sustentação oral, proferindo, posteriormente, sentença.

Resolvendo:

Das diferenças existentes entre o rito ordinário e o rito de drogas, ressalta-se que no ordinário o réu é o último a ser ouvido e no de drogas é o primeiro.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – LEI Nº 12.850/13

01. (OAB – 2ª Fase – XXIV Exame – FGV/2018) *Aroldo, Bernardo, Caio e David, que se conheceram em razão de todos exercerem a função de pintores de residências, durante diversas quartas-feiras do ano de 2015 encontravam-se na garagem da residência do primeiro para organizarem a prática de crimes de receptação simples. Com o objetivo de receber vantagem financeira, nos encontros, muito bem organizados e que ocorreram por mais de 06 meses, era definido como os crimes seriam realizados, havendo plena divisão de funções e tarefas entre os membros do grupo. Um morador da região que tinha conhecimento dos encontros, apresenta notícia criminis à autoridade policial, mas informa que acredita que o grupo pretendia realizar a prática de roubos. Diante disso, instaurado o inquérito para apurar o crime de organização criminosa, o delegado de polícia determina diretamente, sem intervenção judicial, a infiltração de agentes de polícia no grupo, de maneira velada, para obtenção de provas. Ao mesmo tempo, realiza outros atos investigatórios e obtém, de forma autônoma, outras provas, que, de fato, confirmam a atividade do grupo; contudo, resta constatado que, verdadeiramente, a pretensão do grupo era apenas a prática de crimes de receptação simples.*

Após a obtenção das provas necessárias, Aroldo, Bernardo, Caio e David são denunciados pela prática do crime previsto no Art. 2º da Lei nº 12.850/13.

Na condição de advogado(a) dos denunciados, considerando apenas as informações narradas, responda aos questionamentos a seguir.

A) A infiltração de agentes determinada pela autoridade policial foi válida? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Qual o argumento de direito material a ser apresentado pela defesa em busca da não condenação dos denunciados da prática do crime imputado? Justifique. (Valor: 0,60)

Gabarito FGV comentado:

A questão exige do candidato conhecimento sobre as previsões da Lei nº 12.850/13. Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência controverteram sobre o conceito do crime de organização criminosa, definição esta que não era trazida diretamente pela legislação brasileira. Superando a controvérsia, a Lei nº 12.850/13, conhecida como Lei de Organizações Criminosas, trouxe o conceito de organização criminosa em seu Art. 1º, §1º. Da mesma forma, a Lei nº 12.850/13 trouxe uma série de instrumentos de investigação e obtenção de meios de prova.

A) A infiltração de agentes determinada pela autoridade policial não foi válida, pois não houve autorização judicial e porque havia outros meios de investigação para obtenção de provas, como o próprio enunciado demonstra. O Art. 3º da Lei nº 12.850/13 prevê como meio de obtenção de prova a infiltração, por policial, em atividade de investigação, na forma do Art. 11 do mesmo diploma legal. Ocorre que os artigos 10 e 11 trazem uma série de requisitos para a validade desse meio de obtenção de prova. A infiltração de agentes deverá ser precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, autorização essa que não ocorreu no caso apresentado. Ademais, além dos indícios da prática do crime de organização criminosa, necessário que as provas não possam ser obtidas por outros meios. Na hipótese apresentada, as provas poderiam ser obtidas de outra forma, tanto que assim efetivamente o foram. Diante disso, a infiltração de agentes não foi válida.

B) A defesa deveria buscar a não condenação dos denunciados pelo fato de o crime imputado não ter sido praticado, já que não estão presentes todas as elementares do tipo. Isso porque o Art. 2º da Lei nº 12.850/13 estabelece que é crime promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Já o Art. 1º, § 1º do mesmo diploma traz o conceito de organização criminosa, definindo que seria a associação de 4 ou mais pessoas (requisito atendido), estruturalmente organizada e com divisão de tarefas, ainda que informal (requisito atendido), com objetivo de obter vantagem de qualquer natureza (requisito atendido), mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos ou que sejam de caráter internacional (requisito não atendido). O grupo de denunciados se

organizou para prática de crimes de receptação simples, cuja pena máxima não ultrapassa 4 anos. Assim, a conduta praticada não se adequa ao tipo imputado.

CAPÍTULO 7

MODELOS DE PEÇAS

1ª FASE: PRÉ-PROCESSUAL (ou de INQUÉRITO)

REPRESENTAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR **DELEGADO DE POLÍCIA** TITULAR DO... DISTRITO POLICIAL DE...

> **CUIDADO!**
>
> Com a edição da Lei 12.830/2013, os delegados de polícia passaram a ter o mesmo tratamento dispensado aos magistrados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, conforme art. 3ª da referida lei.

Ou

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR **JUIZ DE DIREITO** DA ... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade... inscrito no CPF sob o nº ....residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado infra-assinado (doc. 1), vem, com fulcro no art. 39 (ou 5º, § 4º) do Código de Processo Penal **oferecer**

> Com se trata de peça de fase de inquérito, deve-se qualificar as partes conforme constar no enunciado da questão.
>
> Atente-se para o verbo: *oferecer*.

REPRESENTAÇÃO

Em face de ..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade ... CPF ....residente na rua ..., nº .., nesta Cidade, pelos motivos que passa a expor.

DOS FATOS

(narrar de forma circunstanciada o fato a ser investigado e os detalhes já conhecidos pelo requerente. Deve-se também, apresentar a indicação do provável autor do fato).

DO DIREITO

Elaborar a tese defensiva com introdução, exposição e conclusão, fazendo uma dissertação entre os fatos e os tipos penais (CF, CP, Leis especiais e súmulas), apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Requer seja instaurado o competente inquérito policial e posteriormente oferecida a denúncia pelo Digno representante do Ministério Público.

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Local ... Data...

Advogado ...OAB ...

Rol de Testemunhas: ← Não esquece de apresentar rol de testemunhas

1. Nome e endereço completo.
2. Nome e endereço completo.
3. Nome e endereço completo.

QUEIXA-CRIME

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, residente e domiciliado à... n.º.., por seu advogado que esta subscreve (mandato anexo), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 30 do Código de Processo Penal, **apresentar**

QUEIXA-CRIME

em face de nome, nacionalidade, estado civil, profissão, ... inscrito no CPF sob o nº ..., residente e domiciliado à ... nº..., pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DOS FATOS

Fazer resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Demonstrar o preenchimento dos requisitos legais para a queixa, *apresentando* **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

PEDIDOS

Ante o exposto, requer a V. Senhoria que a presente queixa-crime seja recebida e autuada, determinando-se a citação do querelado, requerendo desde já sua condenação nas penas previstas no art. ... do CP, para que seja processado nos termos do art. ... do CP, por ser medida de justiça.

Desde já, o querelante apresenta rol de testemunhas.

Nestes termos,

pede deferimento.

Local ... data...

Advogado...
OAB ...

Rol de Testemunhas:
1. Nome e endereço completo.
2. Nome e endereço completo.
3. Nome e endereço completo.

INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DELEGADO DE POLÍCIA TITULAR DO... DISTRITO POLICIAL DE...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade... ... inscrito no CPF sob o nº...., residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado abaixo assinado, procuração anexa, vem, à presença de Vossa Senhoria, **requerer,** com fundamento no art. 5º, III, do CPP

INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

pelos fatos e fundamentos que se seguem:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os tipos penais nos quais o investigado pode se enquadrar, apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DOS PEDIDOS

Isso posto, requer a instauração do Inquérito Policial, o qual se requer seja, ao final, entregue mediante traslado ao subscritor deste requerimento nos termos do art. 19 do CPP.

Sugere-se, outrossim, a oitiva das testemunhas abaixo arroladas.

Nestes termos,

pede e espera deferimento.

Local ... Data...
Advogado ...OAB ...

Rol de Testemunhas:
1. Nome e endereço completo.
2. Nome e endereço completo.
3. Nome e endereço completo.

RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade... ... inscrito no CPF sob o nº ..., residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado abaixo assinado, procuração anexa, com fundamento nos art. 119 e 120, ambos do CPP, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, formular

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS,

pelos fatos e fundamentos que se seguem:

FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Demonstrar os motivos pelos quais a permanência da apreensão já não interessa para a apuração dos fatos, bem como fatores como a necessidade da restituição por não se tratar de objeto cuja posse, por si só, configure delito, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

PEDIDO

Diante do exposto, **após a oitiva do Ilustre Representante do Ministério Público**, requer a restituição do bem ou bens acima descritos, nos termos do art. 120 do CPP.

Provará a propriedade através dos documentos ou provas que seguem anexas.

Termos em que
Pede deferimento.

Local ... data ...

Advogado ...OAB ...

RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade... ... inscrito no CPF sob o nº .., residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado que seta subscreve, procuração anexa, vem, à presença de Vossa Excelência, **requerer**

RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE,

com fulcro no artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

Exemplo:

> Em primeiro momento registra-se que a prisão deve ser imediatamente relaxada, pois ocorreu de forma ilegal.
>
> Como sabemos, a prisão em flagrante é a medida necessária para evitar a continuidade do ato delituoso, ou, caso já consumado, para que o suspeito não fuja, o que poderia causar imenso prejuízo à investigação do delito e posterior ação criminal.
>
> Portanto, a prisão em flagrante do requerente é manifestamente ilegal, sendo imperioso o imediato relaxamento, nos termos do artigo 5º, LXV, da Constituição Federal.

DOS PEDIDOS

Modelo:

> "Ex positis", requer seja deferido o presente pedido de relaxamento de prisão em flagrante, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do requerente, como medida da mais lídima justiça.

Nestes termos,

pede e espera deferimento.

Local ... Data...

Advogado ...OAB ...

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade..., inscrito no CPF sob o nº ..., residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado abaixo assinado, procuração anexa, vem, à presença de Vossa Senhoria, **requerer**

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Com fulcro no art. 316 do Código de Processo Penal, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

PEDIDO

Modelo:

> Ante o exposto, requer-se:
>
> A revogação da prisão preventiva, por ausência de requisitos para sua manutenção e pelo injustificado excesso de prazo, com a expedição do respectivo alvará de soltura.
>
> A intimação do Ilustre representante do Ministério Público, nos termos da lei.

Termos em que

Pede e aguarda Deferimento

Local. ... Data ...

Advogado ... OAB ...

LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade..., inscrito no CPF sob o nº ..., residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado abaixo assinado, procuração anexa, vem, à presença de Vossa Senhoria, **requerer** concessão de

LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA,

com fulcro no art. 5º, inciso LXVI, da CF, c/c o art. 310, parágrafo único, do CPP, pelas razões de fato e direito a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja deferida liberdade provisória sem fiança ao Requerente, após manifestação do ilustre representante do Ministério Público, com a expedição de alvará de soltura.

Termos em que

Pede e aguarda Deferimento

Local. ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PRISÃO TEMPORÁRIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

IP nº ...

..., já devidamente qualificado nos autos do Inquérito Policial, sob nº ..., por seu advogado e bastante procurador que esta subscreve (procuração anexa), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, **requerer** concessão da

REVOGAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA,

nos termos do art. 5º, LV, LVII, LXVI, da Constituição Federal e do art. 2º, § 7º, da Lei 7.960/89, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer a Vossa Excelência a revogação da prisão temporária, sendo expedido o competente alvará de soltura, para que seja o investigado imediatamente posto em liberdade, por ser medida da mais pura JUSTIÇA.

Termos em que

Pede e aguarda Deferimento

Local. ... Data ...

Advogado ... OAB ...

2ª FASE: PROCESSUAL

DEFESA PRELIMINAR DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ART. 514 DO CPP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Proc. n.º

... já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado (procuração anexo), **apresentar**

DEFESA PRELIMINAR,

com fundamento no artigo 514 do Código de Processo Penal, pelas razões a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**, objetivando a rejeição da denúncia.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer, com fundamento no art. ... do Código de Processo Penal, digne-se Vossa Excelência a rejeitar a denúncia. Caso assim não entenda, protesta o denunciado pela produção de todas as

provas em direito admitidas, em especial a prova testemunhal, cujo rol segue abaixo.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... Data...

Advogado... OAB...

Rol de Testemunhas:

1. Nome e endereço completo.
2. Nome e endereço completo.
3. Nome e endereço completo.

DEFESA PRÉVIA DA LEI DE DROGAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Proc. n.º

..., já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente a presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado (procuração anexa), **apresentar**

DEFESA PRELIMINAR,

com fundamento no art. 55 da Lei 11.343/2006, pelas razões a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**, objetivando a rejeição da denúncia.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer, com fundamento no art. ... do Código de Processo Penal, digne-se Vossa Excelência a rejeitar a denúncia. Caso assim não entenda, protesta o denunciado pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial a prova testemunhal, cujo rol segue abaixo.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... Data...

Advogado... OAB...

Rol de Testemunhas:
1. Nome e endereço completo.
2. Nome e endereço completo.
3. Nome e endereço completo.

RESPOSTA À ACUSAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Processo n. ...

..., devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe lhe promove a Justiça Pública, por seu advogado que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, na forma dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, **apresentar** sua

RESPOSTA À ACUSAÇÃO,

com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

Seja recebida a presente resposta à acusação para absolver o acusado nos termos do art. 397, inciso ... do CPP.

A intimação e a oitiva das testemunhas ao final arroladas.

Protesta provar o alegado por todas as provas em direito admitidas, especialmente a oitiva das testemunhas arroladas, o depoimento dos policiais envolvidos e o próprio depoimento.

Nestes termos,

pede deferimento.

Local... Data ...

Advogado ... OAB...

MEMORIAIS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Processo n. ...

…, já qualificado nos autos do processo criminal, por seu advogado que esta subscreve, vem, perante Vossa Excelência, dentro do prazo legal, com fundamento no art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, **apresentar**

MEMORIAIS,

pelas razões a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentado **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

Sempre verificar se é cabível preliminar de nulidade, extinção de punibilidade, absolvição e teses subsidiárias.

DO PEDIDO

Diante do exposto, o réu requer que Vossa Excelência reconheça a extinção de punibilidade (SE EXISTIR) ... (nulidade do processo em decorrência..., com fulcro no art. 564, inciso... do Código de Processo Penal.

Subsidiariamente, requer a sua absolvição, com fundamento no art. 386, inciso ..., do Código de Processo Penal.

Na remota hipótese de caso Vossa Excelência entender por não arguir as preliminares formuladas e, no mérito, entender não ser caso de absolvição, requer o conhecimento dos pedidos subsidiários alegados.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local …, data ….

Advogado …. OAB ...

MEMORIAIS NO RITO DO JÚRI

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA DO TRIBUNAL DO JURÍ DA COMARCA DE ...

Processo n. ...

..., devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe que lhe move a Justiça Pública, por intermédio de seu advogado infra-assinado, vem, à presença de Vossa Excelência, com supedâneo nos artigos 411, §4º, c/c 403, §3º do Código de Processo Penal, **apresentar**

MEMORIAIS

pelas razões a seguir aduzidas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca. trazidos pelo enunciado

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

Sempre verificar se é cabível preliminar de nulidade, extinção de punibilidade, absolvição e teses subsidiárias.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, postula-se a ....(Resumo do que foi colocado no tópico "do direito")

Nestes termos,
Pede deferimento.

Local …, data ….

Advogado …. OAB ...

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Processo nº. ...

..., devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe lhe promove a Justiça Pública, por seu advogado que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, no prazo do art. 396, do CPP, **arguir**

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO,

com fundamento no art. 95, inciso II, e seguintes do CPP, pelos fatos e fundamentos que se seguem:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Pelas razões expostas, requer seja autuada em apartado esta exceção e, após oitiva do Representante do Ministério Público, julgada procedente para reconhecer a incompetência deste juízo, com a remessa do feito para a Comarca de ..., onde o processo deverá ter seu regular prosseguimento, nos termos do art. 108 do CPP.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... e data...

Advogado ... OAB ...

HABILITAÇÃO COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

Processo nº ...

..., nacionalidade, estado civil, profissão, identidade... CPF ....residente na rua nº ..., nesta Cidade, por seu advogado abaixo assinado, procuração anexa, vem, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo de número em epígrafe, com fulcro no artigo 268 do Código de Processo Penal, após manifestação do Ministério Público, **requerer** sua

HABILITAÇÃO COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... e data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

CUIDADO!

As peças de recursos devem ser feitas em duas partes: **interposição** e **razões**.

Interposição: Entrar em juízo com o devido recurso. => dirigido ao juiz da causa.

Razões do recurso: são os motivos pelo qual o autor está recorrendo. => direcionado ao Tribunal

Contrarrazões do recurso: é contrapor-se ao recurso apresentado pela parte contrária.

1ª parte: INTERPOSIÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA… VARA CRIMINAL DA COMARCA DE…

ou

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR **JUIZ FEDERAL** DA… VARA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA ...

..., já qualificado nos autos do processo criminal n..., por seu advogado, que esta subscreve, vem, perante Vossa Excelência, dentro do prazo legal, com fundamento no art. 581, IX, do Código de Processo Penal, **interpor**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

Requer seja **recebido, processado o recurso** e, caso **Vossa Excelência mantenha a sua decisão**, encaminhado ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... e data...

Advogado ... OAB ...

2ª Parte: RAZÕES

Razões de recurso em sentido estrito

Recorrente: ...

Recorrida: *Justiça Pública.*

Processo n.: ….

Egrégio Tribunal de Justiça,

Colenda Câmara,

Douta Procuradoria de Justiça,

No que pese o indiscutível saber jurídico do douto magistrado, a decisão por ele proferida está em total discordância com os ditames legais, sendo imperiosa a sua reforma, conforme exposição a seguir:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

(RESUMO DO QUE FOI COLOCADO NO TÓPICO “DO DIREITO”)

Diante do exposto, requer seja **conhecido e provido o recurso**, para que se reconheça (ex.: extinção da punibilidade, nos termos do art. 109 do CP) ou (absolvição do acusado, nos termos do art. 386 do CPP) etc.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NO JÚRI

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE....

Processo nº ...

... já qualificado nos autos da ação penal em epígrafe, não se conformando com a respeitável decisão de folhas... que o pronunciou, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seu advogado, **interpor** o presente

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

com fulcro no artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, para que seja reformada a respeitável decisão de pronúncia, conforme razões anexas.

Caso Vossa Excelência **entenda por manter a decisão** de pronúncia, **requer seja o presente recurso devidamente recebido, processado e encaminhado** ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... e data...

Advogado ... OAB ...

RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Recorrente: ...
Recorrida: Justiça Pública.
Processo n.: ….

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara,
Douta Procuradoria de Justiça,

No que pese o indiscutível saber jurídico do douto magistrado, a decisão por ele proferida está em total discordância com os ditames legais, sendo imperiosa a sua reforma, conforme exposição a seguir:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

Modelo:

> *Como se ver, Excelências, o recorrente não deveria ser pronunciado, haja vista que, segundo todas as testemunhas ouvidas, não foi ele o autor ..... (***descrever o fato***). Portanto, não há uma única prova em seu desfavor, sendo imperiosa a impronúncia, com fundamento no artigo 414 do Código de Processo Penal.*

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja **conhecido e provido o recurso**, para que se reconheça .... (**resumo do que foi colocado no tópico "do direito"**)

Termos em que,
Pede deferimento.
Local... e data...
Advogado ... OAB ...

APELAÇÃO (NO RITO COMUM)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

Processo n:...

..., já qualificado nos autos do processo criminal em epígrafe, por seu advogado, nos autos da ação penal que lhe move o Ministério Público, não se conformando, "data vênia", com a respeitável sentença condenatória, vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 593, I, do Código de Processo Penal, **interpor**

RECURSO DE APELAÇÃO

Destarte, requer seja recebida e processada a presente apelação, e, posteriormente, encaminhada ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local ..., data ...

Advogado.... OAB...

RAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante: ...

Apelado: Ministério Público.

Processo n.:...

Egrégio Tribunal de Justiça,

Colenda Câmara,

Douta Procuradoria de Justiça,

Em que pese o ilibado saber jurídico do Douto Magistrado, a respeitável sentença penal condenatória não merece prosperar pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

"Ex positis", requer seja **conhecido e provido** o presente recurso, para que se determine... (Resumo do que foi colocado no tópico "do direito") como medida de Justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado.... OAB...

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

MUITO CUIDADO:

Este tipo de recurso é feito em apenas uma peça.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE...

Processo n.: ...

..., já qualificado nos autos do processo criminal em epígrafe, por seu advogado, nos autos da ação penal que lhe move o Ministério Público, não se conformando, "data vênia", com a respeitável sentença condenatória, vem, à presença de Vossa Excelência, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fulcro no artigo 382 do Código de Processo Penal, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DOS PEDIDOS

"Ex positis", requer seja **conhecido e provido o presente recurso**, para que se corrija a contradição acima relatada, aplicando-se ao embargante a pena mínima prevista no artigo 155 do Código Penal, como medida de justiça.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local... Data...

Advogado...
OAB... n. ...

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL - ROC

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE...

Processo n. ...

..., já qualificado nos autos do pedido de "habeas corpus" no..., por seu advogado que esta subscreve, não se conformando com o venerando acórdão denegatório da ordem, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, **interpor:**

Observe:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

com fulcro no art. 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal e na Lei 8.038/90.

Requer **seja recebido e processado** o presente recurso e encaminhado, com as inclusas razões, ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Observe:

Termos em que,

pede deferimento.

Local ... data ....

Advogado... OAB...

RAZÕES DO RECURSO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAZÕES DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Recorrente: ...

Recorrida: Justiça Pública

Processo No. ...

Superior Tribunal de Justiça,

Colenda Turma,

Douto Procurador da República,

Em que pese o indiscutível saber jurídico da Colênda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, o venerando acórdão que denegou o pedido de "habeas corpus", impetrado em favor do Recorrente, não pode prosperar, pelas razões a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer um resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Diante do exposto, **requer seja conhecido e provido o presente recurso**, concedendo-se... (O QUE FOI NEGADO), expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do Recorrente, como medida de inteira justiça.

Local ... data ....

Advogado... OAB...

RECURSO ESPECIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESDIENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ...

Processo n. ...

... já qualificado nos autos do processo crime nº.. (se fornecido, colocar o número, se não, coloque apenas três pontinhos) em epígrafe, vem por seu advogado infra-assinado, não se conformando com o acórdão de fls ..., com fundamento nos art. 105, inciso III, alínea ... da Constituição Federal, combinado com os art. 1.029 do Novo Código de Processo Civil, **interpor**

Observe:

RECURSO ESPECIAL

Requer seja **recebido e processado** o presente recurso e encaminhado, com as inclusas razões, ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Observe:

Termos em que,

pede deferimento.

Local ... data ....

Advogado... OAB...

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Recorrente: ...

Recorrida: Justiça Pública

Processo No. ...

Superior Tribunal de Justiça,

Colenda Turma,

Excelentíssimos Ministros,

Impõe-se a reforma do acórdão ... (*teor do acórdão)* proferido pela ... Turma, por ... (*especificar o motivo do inconformismo*), pelas razões que se seguem:

DO PREQUESTIONAMENTO

DOS FATOS

DO DIREITO

DO PEDIDO

Isto posto, demonstrado ... (motivação do recurso), requer-se seja o presente recurso conhecido e provido, para tornar sem efeito a decisão que ... (objeto da decisão).

Termos em que,

pede deferimento.

Local ... data ....

Advogado... OAB...

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ...

NOTA: Muito cuidado com a competência. Sempre fique atento ao que conta no enunciado da questão apresentada pela banca.

Processo n. ...

Beltrano_____(nome), já qualificado nos autos do processo crime nº_____(se a questão fizer referência à algum número de processo, caso não faça coloque ...) em epígrafe, vem por meio de seu advogado infra-assinado, não se conformando com o acórdão de fls_____, que_____(teor do acórdão), com fundamento nos artigos 102, inciso III, alínea_____ (verificar no caso apresentado), da Constituição Federal, combinado com os artigos 26 a 29 da Lei 8.038/90, **interpor**

Observe e não esqueça:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO,

Requer **seja recebido e processado** o presente recurso e encaminhado, com as inclusas razões, ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

Observe e não esqueça:

Local ... data ....

Advogado... OAB...

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: (Beltrano)

Recorrida: Justiça Pública

Processo No. ...

Supremo Tribunal Federal,

Colenda Turma,

Douto Procurador da República

O recorrente, não conformado com a decisão da ... Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do ... requer a reforma do acórdão ... (*teor do acórdão*), pelas razões que se seguem:

DOS FATOS

O recorrente foi denunciado pela prática do crime de ..., nos termos do art. ... da Lei ..., fato ocorrido em ..... Ocorre que o MM juiz ...(especificar).

Não conformado com essa decisão, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado …, que ....(especificar).

DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Portanto, é inegável a violação ao art. ..., da Constituição Federal, que determina que ...(especificar).

A matéria foi devidamente prequestionada em instância inferior, que negou a incidência do dispositivo constitucional em prol do recorrente.

DA REPERCUSSÃO GERAL

Está presente no caso em discussão a repercussão geral, nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, e art. 1035 do novo CPC. O posicionamento da Suprema Corte acerca da ...(especificar).

DO DIREITO

O juiz da … Vara Criminal da Comarca, ao condenar o recorrente ...(especificar).

DOS PEDIDOS

Posto isto, demonstrado ...(*motivação do recurso*), requer-se seja o presente recurso **conhecido e provido**, para tornar sem efeito a decisão que... (*objeto da decisão*), nos termos do art. .... da Lei ... e art. ...da Constituição Federal.

Observe e não esqueça:

NOTA:

Não esqueça de repetir nesse tópico os fundamentos legais apresentados nas teses.

Se tiver alguma dúvida quanto a determinado dispositivo ser adequado ou não para a questão, sugiro que o coloque. No máximo, o que pode ocorrer é o examinador não pontuar pelo excesso.

Termos em que,

pede deferimento.

Local ... data ....

Advogado... OAB...

HABEAS CORPUS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ... VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ....

Processo nº...

..., nacionalidade..., estado civil..., profissão..., residente e domiciliado no endereço..., por seu advogado, que esta subscreve, vem, respeitosamente, com base no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal, **impetrar** o presente

HABEAS CORPUS

com pedido de liminar, em favor de ... (*nome e qualificação),* identificável pelo agente coator, o ... (*nome da autoridade coatara*), que em exercício... (*descrição do ato realizado*), sendo este ato ilegal e abusivo pelas seguintes razões:

DOS FATOS

DO DIREITO

DA LIMINAR

Demonstrar o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*

DO PEDIDO

Diante do exposto, vem requerer que, depois de solicitada as informações à autoridade coatora, seja concedida a ordem impetrada, para ... (*descrever o ato*).

Nesses Termos,

Pede Deferimento.

Local... Data...

Advogado ... OAB nº ...

2ª FASE: PROCESSUAL

REVISÃO CRIMINAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO ...

Processo nº...

..., nacionalidade..., estado civil..., profissão..., residente e domiciliado no endereço..., por seu advogado, que esta subscreve, não conformado com a decisão, já transitada em julgado, que o condenou pela prática do crime ..., vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 621, do Código de Processo Penal, **propor**

Observe: ☞

REVISÃO CRIMINAL,

pelas razões a seguir expostas:

DOS FATOS

Fazer breve resumo do enunciado apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja julgada procedente a ação revisional, para que se absolva o revisionando, com fundamento nos artigos 626 e 386, IV, ambos do Código de Processo Penal.

Requer, ademais, seja reconhecido o seu direito à devida indenização, conforme artigo 630 do Código de Processo Penal.

Termos em que,

pede deferimento.

Local ... Data ....

Advogado... OAB...

AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ...ª. VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ...

..., nacionalidade estado civil, profissão residente e domiciliado no endereço..., por seu advogado, que esta subscreve, não conformado com a decisão, já transitada em julgado, que o condenou pela prática do crime ..., vem, perante Vossa Excelência, propor

AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL,

com fulcro no disposto nos art. 381, § 5º, do Novo Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, de fato jurídico relevante ao processo penal de autos nº. ..., procedente desta r. Vara, uma vez que o acusado pretende fazer prova que sirva em ulterior pedido de Revisão Criminal a ser apresentado respectivamente ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ..., para o que expõe, requer e, ao final, pede:

DOS FATOS

(Fazer um resumo do caso apresentado pela banca)

DO DIREITO

A Ação de Justificação destina-se à prova de um fato ou relação jurídica, cuja finalidade é formar simples documento ou servir de prova em processo regular. Nessa ação, a atividade do magistrado é limitada e, em regra, não há análise acerca do juízo de plausibilidade da prova a ser produzida.

O art. 3º, do Código de Processo Penal, admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil, onde a justificação é prevista no art. 381, § 5º, do Novo Código de Processo Civil

Tal instituto tem por objetivo "justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular", conforme prever o Art. 381, § 5º do novo CPC.

Por outro lado, o Código de Processo Penal, em seu art. 621, permite a revisão de processos findos visando ao reconhecimento da inocência do condenado, desde que a prova utilizada para a propositura do pedido revisional seja pré-constituída, não se permitindo, no processo da revisão, a oitiva de testemunhas.

Assim, deve ser admitida, desde já, a justificação criminal para fins de constituir previamente material probatório para instruir ação de revisão criminal, quando a ação principal transitar.

DO PEDIDO

Pelo exposto, pede a Defesa, nos termos do art. 381, § 5º do novo CPC, que, depois de cumpridas as exigências legais, seja julgada por sentença a presente justificação e, posteriormente, os autos sejam entregues ao subscritor.

Para tanto, requer:

a) seja recebida a presente inicial e deferido o pedido de oitiva das testemunhas a seguir arroladas;

b) seja intimado o digno membro do Ministério Público;

c) sejam as testemunhas / informantes arroladas devidamente intimadas;

d) seja possibilitado o depoimento pessoal do autor;

Termos em que,

Pede deferimento.

Local ... data ...

Advogado ...

OAB ...

ROL DE TESTEMUNHAS/INFORMANTES A SEREM INTIMADAS:

1) ...

2) ...

3) ...

AGRAVO EM EXECUÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA... VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE....

Processo nº...

..., já qualificado nos autos do processo em epígrafe, atualmente recolhido no Presídio de ...., onde cumpre pena, não se conformando com a respeitável decisão denegatória de decisão denegatória de sua progressão do regime prisional fechado para o regime semiaberto de cumprimento de pena, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seu advogado, que esta subscreve, **interpor,** com fundamento no art. 197 da Lei 7.210/84**,** o presente recurso de

AGRAVO EM EXECUÇÃO

Requer seja este **recebido e processado**, para que, a partir das razões desde já inclusas, possa Vossa Excelência exercer, caso assim entenda, juízo de retratação, concedendo o direito pleiteado.

Caso Vossa Excelência entenda por manter a decisão denegatória, após ouvido o ilustre representante do Ministério Público, requer seja encaminhado de encaminhamento do feito para instância superior, com as respectivas razões recursais.

Termos em que,

pede deferimento.

Local ...data ....

Advogado... OAB...

RAZÕES DE AGRAVO EM EXECUÇÃO

Agravante:...

Processo nº...

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

DOS FATOS

Fazer breve resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, e considerando que o Agravante já cumpriu o requisito temporal mínimo de 1/6 (um sexto) exigido para ver progredido o regime de execução de sua pena, bem como atende aos demais requisitos exigidos pela legislação aplicável, requer seja conhecido e provido o presente recurso, tornando sem efeito a decisão contra a qual se insurge, para que seja concedido o benefício à progressão de regime prisional do agravante para o semi-aberto, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local ... Data ....

Advogado... OAB...

PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DE PENA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA Nº VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE ...

..., já qualificado nos autos do processo em epígrafe, por seu advogado que esta subscreve, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, nos termos dos art. 66, inciso III, alínea "a", da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), c/c o art. ... do Código Penal, requerer a

UNIFICAÇÃO DE PENAS,

pelos seguintes motivos de fato e de direito:

DOS FATOS

Fazer breve resumo do caso apresentado pela banca.

DO DIREITO

Descrever os fundamentos legais, sempre apresentando **introdução, premissa maior, premissa menor e conclusão**.

DO PEDIDO

Sendo assim, requer de Vossa Excelência a unificação das penas, aplicando-se a pena de ...

Requer, ainda, seja ouvido o ilustre representante do Ministério Público.

Nesses Termos,

Pede Deferimento.

Local... Data...

Advogado ... OAB nº ...

MODELO DE RASCUNHO

Candidato(a), se você treinar bastante esse rascunho para na hora da prova não ter dificuldade. Com certeza isso vai lhe ajudar na aprovação.

IPRAFAC

I = INFRAÇÃO

Qual foi a infração cometida pelo acusado?

P = PENA

Qual penal se aplica ao crime praticado?

Dica: *pela pena aplicada, verificando a tabela do art. 109 do CP, pode ser que o caso esteja prescrito. Neste caso, arguir prescrição da punibilidade.*

R = RITO (OU PROCEDIMENTO)

Qual procedimento a ser adotado?

Dica: *Pelo rito tem-se uma ideia de quem seja o* ***juízo competente para apreciar o feito***

1) Rito Comum*:*

a) ordinário: pena igual ou superior a 4 anos

~~b) sumário: pena menor que 4 anos~~ => para a prova da OAB esse rito não tem muita aplicação, devendo se usar o "ordinário".

c) sumaríssimo (Lei 9.099/95): pena menor que 2 anos

2) Rito Especial: *previsto tanto do CPP, como na legislação especial.*

a) No CPP => Crimes dolosos contra a vida (Tribunal do Júri).

=> Crimes praticados contra funcionários públicos

b) Na legislação especial => Crimes de drogas – lei 11.343/2006

A = AÇÃO PENAL

Qual tipo de ação penal?

Dica: *Verificar se o MP ou querelante têm legitimidade para propor a ação? (Arts. 564, II e 595, II, do CPP)*

F = FASES (OU MOMENTO PROCESSUAL)

Em que momento processual se encontra o caso? de Inquérito, Processual ou Pós-processual ?

Dica: *É por meio do momento processual que se sabe qual é a peça cabível.*

A = ARGUMENTOS (OU TESES)

A.1 Preliminar

***Rejeição da denúncia* – art. 395 do CPP**

A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do CPP?

A parte tem legitimidade para propor a ação?

O fato constitui crime?

Extinção da Punibilidade – art. 107 do CP

O caso não está prescrito?

O direito não decaiu

Não ocorreram algumas das situações previstas no art. 60 do CPP?

DICA: *Quando o caso apresentado pela banca tiver várias datas, pode ser que se trate de uma situação de prescrição ou decadência*.

Nulidades - Art. 564 do CPP

O caso é de competência do juiz que o apreciou?

A parte tem legitimidade para propor a ação?

O acusado foi citado?

O acusado exerceu seu direito de ampla defesa?

Foi feito exame de corpo de delito?

Etc.

A.2 De mérito

***Principal* –** Absolvição => arts. 397, 386 e 415 do CPP

Caso não seja possível pleitear a absolvição, requer a desclassificação da conduta.

Dica: *para saber qual tese de absolvição deve ser adotada, primeiro temos que saber qual a peça deve ser feita e em seguida verificar o artigo de absolvição correspondente.*

Subsidiária

São pedidos que visam amenizar a situação do acusado ***> DDR BDL***.

C = COMPETÊNCIA

Para onde será direcionada a peça.

Cuidado: *Se for um recurso: Razões => para o juiz que apreciou o feito*

Contrarrazões => Egrégio Tribunal (Câmara)

DICA PARA SER APROVADO:

CONSULTA DA LEGISLAÇÃO NA HORA DA PROVA

Sempre observe as remissões que estão abaixo dos artigos das normas (Código Penal, Código de Processo Penal e legislação extravagante). A FGV gosta de cobrar questões cuja resposta está nas remissões abaixo dos artigos.

Um livro que vai facilitar muito a ganhar tempo na consulta dos dispositivos pertinentes e fazer uma boa prova é nosso ***VADE MÉCUM PENAL REFERENCIADO, editora DINCE, 2021***. Esse livro já traz a remissões transcritas de forma integral abaixo de cada dispositivo, tanto do CP, CPP, como da legislação extravagante.

Não há nenhuma restrição quanto ao seu uso e consulta na prova da OAB.

Boa sorte

Vanques de Melo

drvanques@hotmail.com

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. DIREITO PENAL PARA CONCURSOS E OAB – PARTE GERAL, 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

AMARAL, Maria Tereza do. FINALIDADE DO RECURSO ESPECIAL, www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recurso >Acessado em 02/08/2014.

AVENA, Norberto. PROCESSO PENAL ESQUEMATIZADO, 5ª Ed. São Paulo: Método, 2013.

BELO, Rodrigo. HABIB, Gabriel. PRÁTICA PROFISSIONAL DE DIREITO PENAL, 2ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2012.

BEZERRA, Alberto. TESES DEFENSIVAS NA PRÁTICA FORENSE PENAL. Fortaleza: Jurídica Editora, 2013.

BINA, Ricardo. MEDICINA LEGAL. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, Luciana de Oliveira Bottosso. Fiança penal: aplicabilidade, finalidades e a necessidade de sua reestruturação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/fianca-penal-aplicabilidade-finalidades-e-a-necessidade-de-sua-reestruturacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro/. Acesso em 20.4.2020

CAPEZ, Fenando. CURSO DE DIREITO PENAL Vol. 1 – PARTE GERAL. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, João Paulo Oliveira Dias de. MANUAL DE PRÁTICA FORENSE PENAL, 2ª ed. São Paulo: JHMizuno, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. CÓDIGO PENAL PARA CONCURSOS, 6ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

DE JESUS, Damásio. DIREITO PENAL Vol. 1, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. CURSO DE DIREITO PENAL – PARTE GERAL Vol.1, 14ª ed. São Paulo: Impetus, 2013.

Grinover, Ada Pellegrini. Nulidades do Processo Penal. 6 ed. ver. amp. e atual. São Paulo: RT, 2007.

KNIPPEL, Edson. VADE MECUM PRÁTICO OAB DIREITO PENAL, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, Cleber. DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO – PARTE GERAL, VOL. 2, 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.

MELO, Vanques Antônio Gomes de. AS NULIDADES POR AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO NOS CRIMES NÃO TRANSEUNTES. Fortaleza: Editora DINCE, 2014.

.....VADE MECUM PENAL 2 EM 1 CONSOLIDADO. Fortaleza: DINCE, 2016.

NEVES, Gustavo Bregalda. LOYOLA, Krheyder. PASSO A PASSO PRÁTICA DA OAB, 2ª FASE. DIREITO PENAL. São Paulo: Editora Rideel, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. CÓDIGO PENAL COMENTADO. 12ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. DIREITO PROCESSUAL PENAL – COLEÇÃO OAB NACIONAL, 1ª FASE. São Paulo: Saraiva, 2010.

.....DIREITO PENAL – COLEÇÃO OAB NACIONAL, 2ª FASE. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. O QUE SE ENTENDE POR PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. http://professorlfg.jusbrasil.com.br/. Acesso em 05.03.2015.

MELO E SILVA, Jadson de. As medidas cautelares prisionais e alternativas à prisão no sistema de investigação preliminar. https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-169/as-medidas-cautelares-prisionais-e-alternativas-a-prisao-no-sistema-de-investigacao-preliminar/

TÁVORA, Nestor. ROQUE, Fábio. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA CONCURSOS, 4ª ed. Bahia: Juspodivm, 2013,

MACHADO, Angela C. Cangiano. DEZEM, Guilherme Madeira. VANZOLINI, Patricia. PRÁTICA PENAL, 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VANZOLINI, Patricia. ESCOBAR, Fernanda Maria Zichia. COMO SE PRAPARAR PARA A 2ª FASE EXAME DE ODERM - PENAL, 11ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.