ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXVII Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 20/01/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – PEÇA PROFISSIONAL

> Versão de estudo elaborada pelo Grifo a partir do padrão de resposta oficial.

Enunciado

Dédalo, 22 anos, no dia 04 de maio de 2018, caminhava com o adolescente Ícaro, cada um deles trazendo consigo uma mochila nas costas. Realizada uma abordagem por policiais, foi constatado que, no interior da mochila de cada um, havia uma certa quantidade de drogas, razão pela qual elas foram, de imediato, encaminhadas para a Delegacia.

Realizado laudo de exame de material entorpecente, constatou-se que Dédalo trazia 25 g de cocaína, acondicionados em 35 pinos plásticos, enquanto, na mochila do adolescente, foram encontrados 30 g de cocaína, quantidade essa distribuída em 50 pinos. Após a oitiva das testemunhas em sede policial, da juntada do laudo e da oitiva do adolescente e de Dédalo, que permaneceram em silêncio com relação aos fatos, foram lavrados o auto de prisão em flagrante em desfavor do imputável e o auto de apreensão em desfavor do adolescente. Toda a documentação foi encaminhada aos Promotores de Justiça com atribuição. O Promotor de Justiça, junto à 1ª Vara Criminal de Maceió/AL, órgão competente, ofereceu denúncia em face de Dédalo, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos com a causa de aumento do Art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/06. Foi concedida a liberdade provisória ao denunciado, aplicando-se as medidas cautelares alternativas.

Após a notificação, a apresentação de resposta prévia e o recebimento da denúncia e da citação, foi designada a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que foram ouvidas as testemunhas de acusação. Estas confirmaram a apreensão de drogas em poder de Ícaro e Dédalo, bem como que eles estariam juntos, esclarecendo que não se conheciam anteriormente e nem tinham informações pretéritas sobre o adolescente e o denunciado. O adolescente, ouvido, disse que conhecera Dédalo no dia anterior ao de sua apreensão e que nunca o tinha visto antes vendendo drogas. Em seguida à oitiva das testemunhas de acusação e defesa, foi realizado o interrogatório do acusado, sendo que nenhuma das partes questionou o momento em que este foi realizado. Na ocasião, Dédalo confirmou que o material que ele e Ícaro traziam seria destinado à ilícita comercialização. Ele ainda esclareceu que conhecera o adolescente no dia anterior, que era a primeira vez que venderia drogas e que tinha a intenção de praticar o ato junto com o adolescente somente aquela vez, com o objetivo de conseguir dinheiro para comprar uma moto.

Foi acostado o laudo de exame definitivo de material entorpecente confirmando o laudo preliminar e a Folha de Antecedentes Criminais de Dédalo, onde constava uma anotação referente a crime de furto, ainda pendente de julgamento.

O juiz, após a devida manifestação das partes, proferiu sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal. Em um primeiro momento, absolveu o acusado do crime de associação para o tráfico por insuficiência probatória. Em seguida, condenou o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, ressaltando que o réu confirmou a destinação das drogas à ilícita comercialização. No momento de aplicar a pena, fixou a pena-base no mínimo legal, reconhecendo a existência da atenuante da confissão espontânea; aumentou a pena em razão da causa de aumento do Art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 e aplicou a causa de diminuição de pena do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, restando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 195 dias multa, a ser cumprida em regime inicial aberto. Entendeu o magistrado pela substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

O Ministério Público, ao ser intimado pessoalmente em 22 de outubro de 2018, apresentou o recurso cabível, em 25 de outubro de 2018, acompanhado das respectivas razões recursais, requerendo:

a) nulidade da instrução, porque o interrogatório não foi o primeiro ato, como prevê a Lei nº 11.343/06;

b) condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico, já que ele estaria agindo em comunhão de ações e desígnios com o adolescente no momento da prisão, e o Art. 35 da Lei nº 11.343/06 fala em “reiteradamente ou não”;

c) aumento da pena-base em relação ao crime de tráfico diante das consequências graves que vem causando para a saúde pública e a sociedade brasileira;

d) afastamento da atenuante da confissão, já que ela teria sido parcial;

e) afastamento da causa de diminuição do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, independentemente da condenação pelo crime do Art. 35 da Lei nº 11.343/06, considerando que o réu seria portador de maus antecedentes, já que responde a ação penal em que se imputa a prática do crime de furto;

f) aplicação do regime inicial fechado, diante da natureza hedionda do delito de tráfico;

g) afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da vedação legal do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Já o acusado e a defesa técnica, intimados do teor da sentença, mantiveram-se inertes, não demonstrando interesse em questioná-la.

O magistrado, então, recebeu o recurso do Ministério Público e intimou, no dia 05 de novembro de 2018 (segunda-feira), sendo terça-feira dia útil em todo o país, você, advogado(a) de Dédalo, a 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, excluídas as possibilidades de habeas corpus e embargos de declaração, no último dia do prazo, sustentando todas as teses jurídicas pertinentes. (Valor: 5,00)

Obs.: a peça deve abranger todos os fundamentos de Direito que possam ser utilizados para dar respaldo à pretensão. A simples menção ou transcrição do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito Comentado

O examinando deve elaborar, na condição de advogado, Contrarrazões de Apelação (Razões do Apelado), com fundamento no Art. 600 do Código de Processo Penal (CPP). Em um primeiro momento, deve ser redigida a petição de juntada das contrarrazões, direcionada ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maceió/Alagoas, juízo competente, requerendo o encaminhamento do feito para instância superior. Posteriormente, devem ser apresentadas as respectivas razões do apelado (e não razões de apelação) ou contrarrazões de apelação, peça essa endereçada diretamente ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Não haveria que se falar na interposição de recurso de apelação, tendo em vista que consta expressamente a informação de que tanto a defesa técnica quanto o acusado foram intimados, se mantiveram inertes e não manifestaram interesse em confrontar o teor da sentença.

Nas Contrarrazões de Apelação, caberia ao examinando rebater todas as teses apresentadas pelo Ministério Público em busca de prejudicar a situação do réu.

Inicialmente, caberia ao examinando destacar que não haveria que se falar em nulidade da instrução e, consequentemente, da sentença. Em que pese, de fato, o Art. 57 da Lei nº 11.343/06 preveja o interrogatório como primeiro ato da instrução, a realização do mesmo como último ato da audiência de instrução e julgamento não gera nulidade. Importante recordar que a Lei nº 11.343/06, que previu o procedimento dos crimes previstos neste diploma legal, foi publicada em 2006, período em que o próprio Código de Processo Penal ainda previa o interrogatório como primeiro ato da instrução. Em 2008, todavia, houve mudança do procedimento previsto no Código de Processo Penal, que, valorizando o fato de que o interrogatório poderia ser visto não somente como meio de prova, mas também como instrumento de defesa, passou a prever sua realização como último ato, após oitiva das testemunhas e produção das demais provas. Diante disso, atualmente a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem defendendo a adequação do rito da Lei nº 11.343/06 àquele previsto no Código de Processo Penal, possibilitando a realização do interrogatório como último ato, no interesse da defesa. Não haveria, então, nulidade. Ademais, todo requerimento de nulidade depende da demonstração de prejuízo e da alegação em momento oportuno. No caso, em momento algum o Ministério Público questionou ou requereu que o interrogatório fosse realizado como primeiro ato, logo não poderia agora, em sede de apelação, buscar a nulidade da instrução.

Quanto aos pedidos de mérito do Ministério Público, caberia ao examinando defender a manutenção da absolvição de Dédalo em relação ao crime de associação para o tráfico. Em que pese o Art. 35 da Lei nº 11.343/06 afirme que haveria associação quando duas ou mais pessoas associarem-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, crimes previstos na lei, pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o crime de associação não se confunde com a prática de tráfico por dois agentes em comunhão de ações e desígnios. É necessário, para a condenação, que fique demonstrada a existência de uma conduta permanente por parte dos agentes, ainda que esses efetivamente só venham a praticar um crime de tráfico. No caso, os policiais disseram que não conheciam Dédalo e nem Ícaro, destacando que não tinham informações pretéritas sobre o vínculo deles com o tráfico de drogas. Da mesma forma, tanto Dédalo quanto Ícaro também asseguraram que se conheceram no dia anterior ao da prisão em flagrante, não havendo relação de estabilidade e permanência. Dessa forma, deve ser mantida a absolvição.

Em relação ao crime de tráfico, deveria o examinando combater o requerimento de aplicação da pena base acima do mínimo, já que os argumentos do Ministério Público são abstratos, não valendo-se de peculiaridades da hipótese.

Ademais, argumentar em violação à saúde pública representa bis in idem, já que este já é o bem jurídico protegido pela norma.

No tocante à atenuante da confissão, incorreto o requerimento do órgão ministerial. Durante muito tempo houve controvérsia sobre o reconhecimento ou não da confissão parcial ou qualificada como atenuante. Pacificando a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 545, prevendo que sempre que a confissão for valorada pelo magistrado na sentença, deverá ser reconhecida a redução da pena em razão da atenuante do Art. 65, inciso III, alínea d, do CP. Na situação apresentada, o juiz valorizou o fato de que o réu disse que o material seria destinado à ilícita comercialização, logo a atenuante deve ser mantida.

Deveria, ainda, o candidato enfrentar o pedido de afastamento da causa de diminuição de pena do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Quis a lei beneficiar com a figura do "tráfico privilegiado" o "traficante de primeira viagem", aquele que não se dedica ao crime de tráfico de drogas, exigindo, ainda, a primariedade e bons antecedentes, além de não integrar organização criminosa. No caso, não há informações sobre o envolvimento pretérito de Dédalo com o tráfico de drogas, seja a partir das informações dos policiais seja das declarações do adolescente e do próprio denunciado. O fato de responder a ação penal por crime de furto, sem condenação definitiva, não justifica o reconhecimento de maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Poderia ser aplicada, por analogia, a Súmula 444 do STJ, que diz que ações em curso não podem justificar o incremento da pena base em razão de supostos maus antecedentes.

Em consequência, deveria ser mantido o regime aberto aplicado, não somente diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o crime do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não seria de natureza hedionda, mas também porque, mesmo que fosse hediondo, a previsão do Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, é inconstitucional por violação ao princípio da individualização da pena.

Por fim, possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que, também sob o fundamento de violação ao princípio da individualização da pena, o STF considerou inconstitucional a vedação trazida pelo Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inclusive havendo a Resolução 05 do Senado suspendido a eficácia de tal expressão.

Assim, ao final, deveria o candidato formular o pedido de não provimento do recurso, mantendo-se, integralmente, a sentença.

A data a ser indicada ao final na peça é o dia 13 de novembro de 2018. A intimação ocorreu em 05 de novembro de 2018, uma segunda-feira, iniciando-se o prazo de 08 dias, previsto no Art. 600 do CPP, no dia seguinte.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
Petição de Juntada	
1. Endereçamento: 1ª Vara Criminal da Comarca de Maceió/AL (0,10).	0,00/0,10
2. Fundamento legal: Art. 600 do CPP (0,10).	0,00/0,10
Razões do Apelado ou Contrarrazões de Apelação	
3. Endereçamento: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (0,10).	0,00/0,10
4. Afastamento da nulidade requerida (0,20), considerando que não foi arguida em momento adequado (0,15).	0,00/0,15/0,20/0,35
5. O interrogatório, como instrumento de defesa, poderá ser realizado como último ato da instrução OU o procedimento da Lei nº 11.343/06 deve se adequar àquele previsto no CPP (0,25).	0,00/0,25
6. Manutenção da absolvição em relação crime de associação para o tráfico (0,20), tendo em vista que não restou provada situação de permanência/estabilidade entre o adolescente e o acusado (0,40).	0,00/0,20/0,40/0,60
7. Manutenção da pena base no mínimo legal (0,20), uma vez que o argumento utilizado pelo Ministério Público considera a gravidade em abstrato do delito OU tendo em vista que haveria bis in idem no aumento da pena em razão de violação ao bem jurídico protegido pela norma (0,40).	0,00/0,20/0,40/0,60
8. Manutenção do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (0,20), considerando que foi a confissão utilizada como argumento/para formação da convicção do juiz (0,35), nos termos da Súmula 545 do STJ (0,10).	0,00/0,20/0,30/0,35/0,45/0,55/0,65
9. Manutenção do reconhecimento da causa de diminuição do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 (0,15), eis que o fato de o réu responder à ação penal por crime de furto não justifica o reconhecimento de maus antecedentes (0,35), nos termos da Súmula 444 do	0,00/0,15/0,25/0,35/0,45/0,50/0,60

ITEM	PONTUAÇÃO
STJ, por analogia OU conforme o Art. 5º, LVII, da CRFB/88 (princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência) (0,10).	
10. Afastamento do pedido de aplicação do regime inicial fechado (0,20), pois o crime de tráfico privilegiado não é considerando hediondo pelo STF OU porque é inconstitucional a previsão do Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 de aplicação obrigatória do regime inicial fechado aos crimes hediondos (0,40).	0,00/0,20/0,40/0,60
11. Manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (0,20), já que a vedação em abstrato viola o princípio da individualização da pena OU porque o STF declarou a inconstitucionalidade da vedação trazida pelo Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 OU porque a Resolução 05 do Senado suspendeu a eficácia da expressão que vedava a substituição (0,40).	0,00/0,20/0,40/0,60
Pedido	
12. Não provimento do recurso OU manutenção da sentença (0,25).	0,00/0,25
13. Prazo: 13 de novembro de 2018 (0,10).	0,00/0,10
Fechamento	
14. Local, data, advogado e OAB (0,10).	0,00/0,10

Atualização legislativa

Lei 13.964/2019
A Lei 13.964/2019 incluiu o § 5º no art. 112 da LEP: o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) não é considerado hediondo nem equiparado, como o STF já havia decidido (HC 118.533, 2016). A tese contra o regime fechado ganhou base legal expressa.

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 01

Enunciado

Procusto subtraiu, mediante grave ameaça, coisa alheia móvel de Andrômeda juntamente com outro indivíduo não identificado e com restrição da liberdade da vítima. Foi, então, denunciado pela prática do crime previsto no Art. 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal.

Durante a instrução, quando da oitiva da vítima, esta mencionou que todos os fatos foram presenciados, de longe, por sua amiga Cassandra, não tendo ela contado em momento anterior para preservar a amiga. Diante dessa menção, o advogado de Procusto requereu ao juízo a oitiva da testemunha Cassandra, mas o magistrado indeferiu o pedido sob o argumento de que, na resposta à acusação, foram arroladas testemunhas no número máximo permitido pela lei, de modo que não poderia a defesa acrescentar mais uma, apesar de reconhecer a conveniência da oitiva.

O advogado registrou seu inconformismo, foram ouvidas as testemunhas de defesa arroladas e foi realizado o interrogatório, em que o acusado negou o fato. Procusto foi condenado ao cumprimento da pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, reconhecendo o magistrado o aumento de 3/8 na terceira fase de aplicação da pena exclusivamente em razão da existência de duas causas de aumento, não tendo a pena-base e a intermediária se afastado do mínimo legal.

Considerando as informações narradas, responda, na condição de advogado(a) de Procusto, na ocasião da apresentação de recurso de apelação:

A) qual argumento de direito processual poderia ser alegado em busca de desconstituir a sentença condenatória? Justifique. (Valor: 0,60)

B) qual argumento de direito material deverá ser apresentado em busca de redução da sanção penal aplicada? Justifique. (Valor: 0,65)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito Comentado

A) O argumento de direito processual é que houve nulidade da sentença em razão da existência de cerceamento de defesa, uma vez que a testemunha Cassandra poderia ter sido ouvida pelo magistrado. Primeiramente ressalta-se que Cassandra é classificada pela doutrina como testemunha referida, tendo em vista que somente se teve conhecimento da mesma e de que esta presenciou os fatos quando da oitiva da vítima em juízo. O Art. 209 do CPP menciona a possibilidade de oitiva das testemunhas referidas. Ademais, o Art. 401, § 1º do CPP estabelece que as testemunhas referidas, assim como as que não prestem compromisso, não serão computadas no número máximo de 08 testemunhas a serem ouvidas. Dessa forma, a decisão do magistrado, que reconheceu a conveniência da oitiva, mas indeferiu apenas por já ter atingido a defesa o limite máximo de testemunhas, foi equivocada e gerou um cerceamento no exercício do direito de defesa, precisando ser ressaltado que o advogado manifestou de imediato seu inconformismo com a decisão.

A alegação em abstrato no sentido de que o magistrado poderia ouvir testemunhas para além das arroladas não foi considerada suficiente pela Banca, tendo em vista que não combate o argumento do juiz no sentido de que as testemunhas referidas estariam abrangidas pelo limite máximo de testemunhas estabelecido no procedimento comum ordinário.

B) O argumento de direito material em busca da redução da sanção aplicada é o de que o aumento realizado na terceira fase de aplicação da pena deveria ser do mínimo legal, ou seja, de 1/3, uma vez que não foi apresentada fundamentação razoável para aumento acima do mínimo. Certo é que a mera indicação do número de majorantes – fundamento este exclusivo utilizado pelo magistrado – é considerada insuficiente para justificar o aumento acima do mínimo, nos termos da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, diante da ausência de fundamentação para o aumento de 3/8, o aumento deveria ser da fração mínima de 1/3.

Não será considerado suficiente pela Banca a afirmativa de não aplicação das causas de aumento pelo fato de o coautor não ser identificado.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Houve cerceamento de defesa OU violação ao princípio do contraditório ou da ampla defesa (0,15), tendo em vista que as testemunhas referidas não são computadas no número máximo de testemunhas a serem ouvidas (0,35), nos termos do Art. 401, § 1°, do CPP OU Art. 209 do CPP OU Art. 5°, LV, CRFB (0,10).	0,00/0,15/0,25/0,35/0,45/0,50/0,60
B. O número de majorantes não é fundamento adequado para aplicação da causa de aumento de pena acima do mínimo legal (0,55), nos termos da Súmula 443 do STJ (0,10).	0,00/0,55/0,65

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 02

Enunciado

Em cumprimento de mandado de busca e apreensão, o oficial de justiça Hermes compareceu ao local de trabalho de Hefesto, sendo encontradas, no interior do imóvel, duas armas de fogo de calibre .38, calibre esse considerado de uso permitido, devidamente municiadas, ambas com numeração suprimida. Em razão disso, Hefesto foi preso em flagrante e denunciado pela prática de dois crimes previstos no Art. 16, caput, da Lei 10.826/2003, em concurso material, sendo narrado que "Hefesto, de forma livre e consciente, guardava, em seu local de trabalho, duas armas de fogo de calibre restrito, devidamente municiadas".

Após a instrução, em que os fatos foram confirmados, foi juntado o laudo confirmando o calibre .38 das armas de fogo, a capacidade de efetuar disparos, bem como que ambas tinham a numeração suprimida. As partes apresentaram alegações finais, e o magistrado, em sentença, considerando o teor do laudo, condenou Hefesto pela prática de dois crimes previstos no Art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, em concurso formal.

Intimada a defesa técnica da sentença condenatória, responda, na condição de advogado(a) de Hefesto, aos itens a seguir.

A) Qual o argumento de direito processual a ser apresentado em busca da desconstituição da sentença condenatória? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Reconhecida a validade da sentença em segundo grau, qual o argumento de direito material a ser apresentado para questionar o mérito da sentença condenatória e, consequentemente, a pena aplicada? Justifique. (Valor: 0,60)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito Comentado

A)O argumento de direito processual a ser apresentado é o de que houve violação ao princípio da correlação, o que gera a nulidade da sentença por violação ao princípio da ampla defesa e ao princípio do contraditório. Isso porque a denúncia narrou que Hefesto guardava, em seu local de trabalho, duas armas de fogo de calibre restrito.

Sem que houvesse aditamento da denúncia, o magistrado condenou o réu pela prática de dois crimes de posse de arma de fogo de numeração suprimida, previsto no Art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03. Apesar do crime imputado na denúncia e o reconhecido na sentença estarem previsto no mesmo dispositivo legal, eles não se confundem e a narrativa dos fatos é diferente. O réu somente se defendeu sobre as armas apreendidas como sendo de uso restrito, não podendo, então, o magistrado modificar os fatos para dar nova capitulação jurídica, nos termos do Art. 384 do CPP. Se não houvesse alteração dos fatos, poderia o juiz aplicar o Art. 383 do CPP, mas não foi isso que ocorreu na hipótese narrada. Dessa forma, deve ser reconhecida a nulidade da sentença.

B)Em busca de questionar o mérito da decisão, o advogado deveria argumentar que a conduta de Hefesto de guardar, em seu local de trabalho, duas armas de fogo com numeração suprimida configura crime único previsto no Art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03 e não dois crimes autônomos, seja em concurso material ou formal. As armas estavam sendo guardadas em um mesmo contexto, logo a violação ao bem jurídico protegido foi única, podendo, porém, a quantidade de armas ser considerada no momento da aplicação da pena.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Houve violação ao princípio da correlação OU não houve aditamento dos fatos narrados na denúncia, não podendo o magistrado alterá-los (0,40), nos termos do Art. 384 do CPP (0,10), o que representa violação ao princípio da ampla defesa OU contraditório (0,15)	0,00/0,15/0,25/0,40/0,50/0,55/0,65
B. Houve crime único OU Não houve qualquer espécie de concurso de delitos (0,50), tendo em vista que as armas de fogo foram apreendidas em um mesmo contexto (0,10)	0,00/0,10/0,50/0,60

Atualização legislativa

Lei 13.964/2019
O parágrafo único do art. 16 da Lei 10.826/2003 virou § 1º, e a posse ou o porte de arma com numeração suprimida está hoje no art. 16, § 1º, IV. A lei também criou o § 2º, com pena maior para a arma de uso proibido.

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 20/01/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 03

Enunciado

No interior de um coletivo, Odisseu, Diomedes, Nestor e Menelau, até então desconhecidos, começaram a conversar sobre a crise financeira que assombra o país e sobre as dificuldades financeiras que estavam passando.

Em determinado momento da conversa, Odisseu informa que tinha um conhecido seu, Ares, com intenção de importar uma arma de fogo de significativo potencial ofensivo, que seria um fuzil de venda proibida no Brasil, mas que ele precisava da ajuda de outras pessoas para conseguir a importação. Diante da oferta em dinheiro pelo serviço específico, todos concordaram em participar do plano criminoso, sendo que Odisseu iria ao exterior adquirir a arma, Diomedes alugaria um barco para trazer o material, Nestor auxiliaria junto à imigração brasileira para que a conduta não fosse descoberta e Menelau entregaria o material para Ares, que era o mentor do plano.

Após toda a organização do grupo e divisão de tarefas, assustado com as informações veiculadas na mídia sobre as punições de crime de organização criminosa, Nestor comparece ao Ministério Público com seu advogado e indica a intenção de realizar delação premiada.

Participaram das negociações do acordo Nestor, sua defesa técnica, o membro do Ministério Público com atribuição e o juiz que seria competente para julgamento, sendo acordada a redução de 1/3 da pena em relação ao crime de organização criminosa.

Após ser denunciado junto com Odisseu, Diomedes, Menelau e Ares pela prática do crime de organização criminosa (Art. 2º, da Lei nº 12.850/2013), Nestor contrata você, como novo(a) advogado(a), para patrocinar seus interesses.

Na condição de advogado(a) de Nestor, com base apenas nas informações narradas, esclareça os itens a seguir.

A) Considerando que aquela delação premiada não seria benéfica ao seu cliente, existe argumento a ser apresentado em busca de desconstituir o acordo celebrado quanto ao seu aspecto formal? Justifique. (Valor:

0,65)

B) Qual argumento de direito material deve ser apresentado para questionar a capitulação jurídica realizada pelo Ministério Público na denúncia? Justifique. (Valor: 0,60)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito Comentado

A. A delação foi realizada de maneira inadequada sob o aspecto formal, podendo o novo advogado de Nestor buscar desconstituí-la. De acordo com o Art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/2013, o juiz não participará do acordo de delação premiada. Em que pese o magistrado sempre deva assegurar o respeito ao direito dos envolvidos e a paridade de armas, fato é que nas negociações do acordo de colaboração o juiz deve se manter inerte, cabendo apenas a ele homologar o acordo caso tenham sido observadas as formalidades legais. No momento em que o magistrado participou das negociações, a ilegalidade do acordo restou configurada, podendo ser o mesmo desconstituído.

B. O argumento de direito material em busca de questionar a capitulação jurídica e, consequentemente, da absolvição, é o de que apesar de o crime envolver 05 agentes e haver plena divisão de tarefas, a reunião e comunhão de esforços era voltada para a prática de um crime específico e não de vários delitos, não havendo estabilidade e permanência a justificar a imputação do crime do Art. 2º da Lei nº 12.850/2013. Para a configuração do crime imputado, não basta a reunião com a intenção de praticar um crime específico, como consta do enunciado. Ainda que apenas um delito tenha sido praticado, a intenção do grupo deve ser a prática de CRIMES (no plural) e não uma infração penal em comunhão de ações e desígnios. A mera alegação em abstrato de que os requisitos do Art. 2º da Lei nº 12.850/2013 não foram preenchidos, sem enfrentar especificamente a pluralidade de crimes ou a exigência de estabilidade/permanência, não será considerada suficiente para a atribuição de pontos.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Sim, poderia ser buscada a desconstituição do acordo de colaboração premiada, pois não poderia o magistrado ter participado das negociações do acordo (0,55), conforme o Art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13 (0,10).	0,00/0,55/0,65
B. Não restou configurado o crime imputado, tendo em vista que o grupo tinha intenção de praticar apenas um crime específico e não várias infrações penais OU tendo em vista que não havia relação de estabilidade e permanência (0,60).	0,00/0,60

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXVII Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 20/01/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 04

Enunciado

Revoltada com o fato de que sua melhor amiga Ártemis estaria se relacionando com seu ex-companheiro Órion, Hera a procurou e iniciou uma discussão.

Durante a discussão, Ártemis, policial militar, afirmou que, se Hera a xingasse novamente, ela a mataria gastando apenas uma munição da sua arma. Persistindo na discussão, Hera voltou a ofender Ártemis. Esta, então, abriu sua bolsa e pegou um bem de cor preta. Acreditando que Ártemis cumpriria sua ameaça, Hera desferiu um golpe na cabeça da rival, utilizando um pedaço de pau que estava no chão. A perícia constatou que o golpe foi a causa eficiente da morte de Ártemis. Posteriormente, também foi constatado que Ártemis, de fato, estava com sua arma de fogo na bolsa, mas que ela apenas pegara seu telefone celular para ligar para Órion.

Após denúncia pela prática do crime de homicídio qualificado e encerrada a instrução da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, entendeu o magistrado por pronunciar Hera nos termos da inicial acusatória.

Com base nas informações expostas, responda, na condição de advogado(a) de Hera, aos itens a seguir.

A) Qual o recurso cabível da decisão proferida pelo magistrado? Caso tivesse ocorrido a impronúncia, o recurso pela parte interessada seria o mesmo? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Qual a tese de direito material a ser apresentada em sede de recurso para combater a decisão de submeter a ré ao julgamento pelo Tribunal do Júri? Justifique. (Valor: 0,60)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Gabarito Comentado

A) A questão narra que Hera foi pronunciada pela suposta prática de crime de homicídio qualificado, sendo que, ao final da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, entendeu o magistrado por pronunciar Hera nos termos da denúncia. Da decisão de pronúncia caberá recurso em sentido estrito, nos termos do Art. 581, inciso IV, do CPP. Caso a decisão proferida pelo magistrado fosse de impronúncia, não haveria que se falar em recurso em sentido estrito. Antes da edição da 11.689/08, a decisão de impronúncia também era combatida através de recurso em sentido estrito. Todavia, houve alteração legislativa e, desde então, da decisão de impronúncia, por ser terminativa, caberá recurso de apelação, assim como ocorreria na absolvição sumária, conforme previsão do Art. 416 do CPP.

B) A tese de direito material seria que Hera agiu em legítima defesa putativa, nos termos do Art. 20, §1º do Código Penal (erro de tipo permissivo), tendo em vista que acreditava estar atuando em legítima defesa. Isso porque Ártemis havia ameaçado Hera de morte caso essa realizasse um xingamento, o que foi feito por Hera.

Ainda que diante de eventual injúria, se verídica, a conduta de Ártemis de efetuar disparo de arma de fogo configuraria uma injusta agressão, pois, no mínimo, haveria excesso em sua conduta. Caso, de fato, Ártemis tivesse pego, em sua bolsa, sua arma de fogo, configurada estaria a legítima defesa e, consequentemente, a conduta de Hera seria legítima. Todavia, na verdade Hera supôs situação que não existia, já que Ártemis apenas pegou seu celular para realizar uma ligação. Diante disso, a atuação em legítima defesa foi apenas putativa.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A1. O recurso cabível da decisão de pronúncia é o recurso em sentido estrito (0,30), conforme Art. 581, inciso IV, do CPP (0,10).	0,00/0,30/0,40
A2. Caso a decisão fosse de impronúncia, o recurso cabível seria de apelação (0,15), conforme previsão do Art. 416 do CPP (0,10).	0,00/0,15/0,25

ITEM	PONTUAÇÃO
B. A tese de direito material seria que Hera agiu em legítima defesa putativa (0,15), estando amparada por descriminante putativa OU erro de tipo permissivo (0,35), conforme Art. 20, §1º do CP (0,10).	0,00/0,15/0,25/0,35/0,45/0,50/0,60

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

XXVII Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 20/01/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À PROVA ORIGINAL

Esta versão de estudo traz o conteúdo da prova aplicada em 20/01/2019, no layout atual do caderno e do padrão de resposta da FGV, com a marca do Grifo. Mudam só os pontos abaixo.

Nomes

As pessoas ganharam nomes da mitologia greco-romana ligados ao papel de cada uma no caso.

- **Peça:** João → Dédalo; Marcelo → Ícaro
- **Questão 1:** Rafael → Procusto; Joana → Andrômeda; Carla → Cassandra
- **Questão 2:** Jorge → Hermes; Lucas → Hefesto
- **Questão 3:** Alberto → Odisseu; João → Diomedes; Francisco → Nestor; Ronaldo → Menelau; Lucas → Ares
- **Questão 4:** Clara → Ártemis; João → Órion; Maria → Hera

Atualização legislativa

Peça — Lei 13.964/2019
A Lei 13.964/2019 incluiu o § 5º no art. 112 da LEP: o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) não é considerado hediondo nem equiparado, como o STF já havia decidido (HC 118.533, 2016). A tese contra o regime fechado ganhou base legal expressa.

Questão 2 — Lei 13.964/2019
O parágrafo único do art. 16 da Lei 10.826/2003 virou § 1º, e a posse ou o porte de arma com numeração suprimida está hoje no art. 16, § 1º, IV. A lei também criou o § 2º, com pena maior para a arma de uso proibido.