ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXIX Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 18/08/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – PEÇA PROFISSIONAL

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

Enunciado

Héracles foi condenado definitivamente pela prática do crime de lesão corporal seguida de morte, sendo-lhe aplicada a pena de 06 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, em razão das circunstâncias do fato.

Após cumprir 01 ano da pena aplicada, Héracles foi beneficiado com progressão para o regime semiaberto. Na unidade penitenciária, o apenado trabalhava internamente em busca da remição. Durante o cumprimento da pena nesse regime, veio a ser encontrado escondido em seu colchão um aparelho de telefonia celular.

O diretor do estabelecimento penitenciário, ao tomar conhecimento do fato por meio dos agentes penitenciários, de imediato reconheceu na ficha do preso a prática de falta grave, apenas afirmando que a conduta narrada pelos agentes, e que teria sido praticada por Héracles, se adequava ao Art. 50, inciso VII, da Lei nº 7.210/84.

O reconhecimento da falta pelo diretor foi comunicado ao Ministério Público, que apresentou promoção ao juízo da Vara de Execuções Penais de São Paulo, juízo este competente, requerendo a perda de benefícios da execução por parte do apenado. O juiz competente, analisando o requerimento do Ministério Público, decidiu que, "considerando a falta grave reconhecida pelo diretor da unidade, impõe-se: a) a regressão do regime de cumprimento de pena para o fechado; b) perda da totalidade dos dias remidos; c) reinício da contagem do prazo de livramento condicional; d) reinício da contagem do prazo do indulto."

Ao ser intimado do teor da decisão, em 09 de julho de 2019, terça-feira, Héracles entra em contato, de imediato, com você, na condição de advogado(a), esclarecendo que nunca fora ouvido sobre a aplicação da falta grave, apenas tendo conhecimento de que a Defensoria se manifestou no processo de execução após o requerimento do Ministério Público.

Considerando apenas as informações narradas, na condição de advogado(a) de Héracles, redija a peça jurídica cabível, diferente de habeas corpus e embargos de declaração, apresentando todas as teses jurídicas pertinentes.

A peça deverá ser datada no último dia do prazo para interposição, considerando que, em todos os locais do país, de segunda a sexta-feira são dias úteis. (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 redigir, na condição de advogado, recurso de Agravo em Execução, com fundamento no Art. 197 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP). Isso porque, nos termos do dispositivo mencionado, das decisões proferidas pelo magistrado em sede de Execução Penal, sempre caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo. No caso, claro está que a decisão a ser combatida foi proferida pelo juiz em atuação na Vara de Execuções Penais de São Paulo, de fato em sede de execução, já que o requerimento formulado pelo Ministério Pública referia-se à perda de benefícios durante execução de pena privativa de liberdade aplicada em sentença penal com trânsito em julgado.

Apesar de o Art. 197 da LEP trazer a previsão de que o recurso cabível é o de Agravo, não estabelece a Lei nº 7.210/84 qual seria o procedimento a ser seguido, de modo que a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que seria o mesmo do Recurso em Sentido Estrito. Diante disso, primeiramente deveria o examinando apresentar petição de interposição, direcionada ao Juízo da Vara de Execução Penal da Comarca de São Paulo/SP, com formulação de pedido de retratação por parte do juízo a quo, na forma do Art. 589 do CPP, por analogia. Em caso de não acolhimento, deveria haver requerimento de encaminhamento do feito para instância superior, com as respectivas razões recursais.

Após, o examinando deveria apresentar Razões do Recurso, direcionadas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a fundamentação necessária para rebater a decisão do magistrado de primeira instância.

Inicialmente, deveria o examinando destacar que o reconhecimento da falta grave não observou as formalidades legais. Nos termos do Art. 50 da Lei 7.210/84, realmente como mencionado pelo diretor do estabelecimento penitenciário, a conduta de esconder celular configura prática de falta grave. Todavia, para assegurar o direito ao exercício do princípio da ampla defesa e do princípio do contraditório, pacificou a jurisprudência o entendimento de que o reconhecimento de falta grave depende de regular procedimento administrativo disciplinar, devidamente assegurado o acompanhamento de defesa técnica. Nesse sentido é o teor da Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça. Na situação apresentada, o diretor do estabelecimento reconheceu a prática de falta grave sem observar as exigências antes mencionadas, ou seja, sem instaurar procedimento administrativo e sem garantir o direito de defesa. Dessa forma, não pode aquele reconhecimento ser considerado pelo juízo da execução.

Não sendo válido o reconhecimento da prática de falta grave, sequer seria possível a regressão do cumprimento da pena para o regime fechado, apesar de, abstratamente, essa ser uma sanção possível na hipótese de reconhecimento válido de falta grave, nos termos do Art. 118, inciso I, da LEP e Súmula 534 do STJ.

Superada a invalidade no reconhecimento da falta grave, deveria o examinando destacar que, ainda que o reconhecimento da falta grave fosse considerado válido, impossível seria a sanção de perda da integralidade dos dias remidos.

O Art. 127 da LEP admite que a punição por falta grave gere perda dos dias remidos. Todavia, o mesmo dispositivo assegura um limite de perda de até 1/3, sendo incorreta a decisão do magistrado que determina a perda de TODOS os dias remidos.

Da mesma forma, incorreta a decisão que determinou o reinício da contagem do prazo para fins de obtenção de livramento condicional e indulto. A explicação é simples: em que pese muitos defendam que o ideal seria o reinício da contagem desses prazos, fato é que a execução penal está sujeita ao princípio da legalidade, sendo certo que tais sanções não estão previstas na lei. Diante da ausência de previsão legal, não pode o magistrado impor o reinício da contagem do prazo do livramento condicional, nos termos da Súmula 441 do STJ. Pelas mesmas razões, foi editada a Súmula 535 do STJ, prevendo que a prática de falta grave não interrompe o prazo para fins de comutação de pena ou indulto, sem prejuízo de esta ser considerada no momento de analisar o preenchimento dos requisitos subjetivos deste benefício.

Na conclusão, após o mérito, deveria o examinando apresentar pedido de conhecimento e provimento do recurso, afastando-se o reconhecimento da falta grave e suas consequências.

Em relação ao prazo, absolutamente pacificado o entendimento de que seria de 05 dias, na forma do Enunciado 700 da Súmula de Jurisprudência do STF. Considerando que a intimação ocorreu em 09 de julho de 2019, terça-feira, o prazo se iniciou em 10 de julho de 2019, quarta-feira, encerrando-se em 15 de julho de 2019, porque 14 de julho de 2019 seria domingo.

O examinando deve, ainda, concluir sua peça, indicando local, data, advogado e número de OAB.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
Petição de interposição	
1. Endereçamento: Juízo da Vara de Execução Penal da Comarca de São Paulo/SP (0,10).	0,00/0,10
2. Fundamento legal: Art. 197 da LEP (0,10).	0,00/0,10
3. Pedido de retratação pelo juízo a quo (0,30).	0,00/0,30
Razões de recurso	
4. Endereçamento: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (0,10).	0,00/0,10
5. Invalidade no reconhecimento da prática de falta grave (0,40), não permitindo a regressão para o regime fechado de cumprimento de pena (0,25).	0,00/0,25/0,40/0,65
5.1. O reconhecimento de falta grave depende de prévio procedimento administrativo (0,30), garantido o direito de defesa (0,25), conforme a Súmula 533 do STJ (0,10)	0,00/0,25/0,30/0,35/0,40/0,55/0,65
6. Não é possível a perda da totalidade dos dias remidos (0,50), conforme Art. 127 da LEP (0,10).	0,00/0,50/0,60
6.1. Ainda que válido o reconhecimento da falta grave, o juiz somente poderia decretar a perda de até 1/3 dos dias remidos (0,40)	0,00/0,40
7. A prática de falta grave não gera o reinício da contagem do prazo do livramento condicional (0,50), nos termos da Súmula 441 do STJ (0,10).	0,00/0,50/0,60

ITEM	PONTUAÇÃO
8. A prática de falta grave não gera o reinício da contagem do prazo de indulto (0,50), nos termos da Súmula 535 do STJ (0,10).	0,00/0,50/0,60
9. Incabível o reinício da contagem dos prazos do indulto e livramento condicional em razão do princípio da legalidade, que também é aplicável na execução penal (0,30).	0,00/0,30
Pedidos	
10. conhecimento (0,10) e provimento do recurso (0,30).	0,00/0,10/0,30/0,40
Prazo e Fechamento	
11. 11. 15 de julho de 2019 (0,10).	0,00/0,10
12. Local, data, advogado e OAB (0,10).	0,00/0,10

Atualização legislativa e jurisprudência

STF, RE 972.598 (Tema 941, 2020)
O STF decidiu que a oitiva do condenado pelo juiz da execução, em audiência de justificação com o defensor e o Ministério Público, dispensa o procedimento administrativo disciplinar prévio e supre falhas de defesa nele. Como Héracles nunca foi ouvido, nem no presídio nem em juízo, a tese da Súmula 533 do STJ continua valendo neste caso.

Lei 13.964/2019
O art. 83, III, b, do CP passou a exigir, para o livramento condicional, que o condenado não tenha cometido falta grave nos últimos 12 meses. A falta grave continua sem interromper a contagem do prazo (Súmula 441 do STJ), mas adia o livramento por 12 meses.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXIX Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 18/08/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 01

Enunciado

Castor e Pólux são irmãos e estão em dificuldades financeiras. Castor, que estava sozinho em seu quarto, verifica que a janela da casa dos vizinhos está aberta; então, ingressa no local e subtrai um telefone celular avaliado em R$ 500,00. Ao mesmo tempo, apesar de não saber da conduta de seu irmão, Pólux percebe que a porta da residência dos vizinhos também ficou aberta. Tendo conhecimento que os proprietários eram um casal de empresários muito rico, ingressa no local e subtrai uma bolsa, avaliada em R$ 450,00.

Os fatos são descobertos dois dias depois, e Pólux e Castor são denunciados pelo crime de furto qualificado (Art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal), sendo acostadas as Folhas de Antecedentes Criminais (FAC), contendo, cada uma delas, outra anotação pela suposta prática de crime de estelionato, sem, contudo, haver condenação com trânsito em julgado em ambas.

Após instrução, a pretensão punitiva do Estado é julgada procedente, sendo aplicada pena mínima de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, devidamente substituída por restritiva de direitos.

Com base nas informações expostas, intimado(a) para apresentação de recurso, responda, na condição de advogado(a) de Castor e Pólux, aos itens a seguir.

A) Existe argumento de direito material a ser apresentado para questionar a capitulação jurídica apresentada pelo Ministério Público e acolhida na sentença? (Valor: 0,60)

B) Mantida a capitulação acolhida na sentença (Art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal), existe argumento em busca da redução da pena aplicada? (Valor: 0,65)

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

Gabarito Comentado

A) Sim, a capitulação jurídica realizada pelo Ministério Público e acolhida na sentença poderá ser questionada, tendo em vista que não deveria ter sido imputada a qualificadora do concurso de agentes. O Art. 155, § 4º, inciso IV, do CP prevê qualificadora do furto quando este for praticado mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Ocorre que, apesar de Castor e Pólux serem irmãos e terem praticado crimes de furto no mesmo local, data e horário, não houve concurso de agentes. Dentre os requisitos para configuração do concurso de agentes está o liame subjetivo, que não restou configurado na hipótese apresentada. A todo momento o enunciado deixa claro que Castor e Pólux sequer sabiam da conduta um do outro, não havendo que se falar, então, em comunhão de ações e desígnios e, consequentemente, concurso de agentes, apesar de configurado o crime de furto simples em relação a ambos.

B) Mesmo em caso de manutenção da capitulação apresentada, ou seja, de furto qualificado, seria possível a redução da pena aplicada em razão do privilégio previsto no Art. 155, § 2º, do CP. Apesar de os agentes responderem a outras ações penais, nos termos da Súmula 444 do STJ, não havendo sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, são considerados tecnicamente primários e de bons antecedentes. Ademais, as coisas furtadas podem ser consideradas de pequeno valor, não havendo que se falar em insignificância, na hipótese, seja pelo valor dos bens seja porque o enunciado indaga sobre a redução da pena aplicada e não afastamento da tipicidade da conduta.

É preciso, ainda, ressaltar que os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento de que a figura do furto privilegiado poderá ser reconhecida ainda que o crime em questão seja de furto qualificado, topograficamente localizado após a disciplina do privilégio, nos termos da Súmula 511 do Superior Tribunal de Justiça.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Sim, o argumento seria pela inexistência de liame subjetivo entre os agentes (0,45), afastando-se a qualificadora do concurso de pessoas (0,15).	0,00/0,15/0,45/0,60

ITEM	PONTUAÇÃO
B. Sim, aplicação do furto privilegiado (0,35), já que a coisa é de pequeno valor e os réus são primários (0,20), conforme a Súmula 511 do STJ (0,10).	0,00/0,20/0,30/0,35/0,45/0,55/0,65

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 02

Enunciado

No dia 01 de janeiro de 2008, após ingerir bebida alcoólica, Ares, 50 anos, policial militar reformado, efetuou dois disparos de arma de fogo em direção à parede de sua casa vazia, localizada no interior de grande quintal, com arma de sua propriedade, devidamente registrada e com posse autorizada.

Apesar de os tiros terem sido efetuados em direção ao interior do imóvel, vizinhos que passavam pela rua naquele momento, ao ouvirem os disparos, entraram em contato com a Polícia Militar, que compareceu ao local e constatou que as duas munições deflagradas ficaram alojadas na parede do imóvel, sendo a perícia acostada ao procedimento. Ares obteve liberdade provisória e foi denunciado como incurso nas sanções do Art. 15 da Lei nº 10.826/03, não sendo localizado, porém, por ocasião da citação, por ter mudado de endereço, apesar das diversas diligências adotadas pelo juízo.

Após não ser localizado, Ares foi corretamente citado por edital e, não comparecendo, nem constituindo advogado, foi aplicado o Art. 366 do Código de Processo Penal, suspendendo-se o processo e o curso do prazo prescricional, em 04 de abril de 2008. Em 06 de julho de 2018, o novo juiz titular da vara criminal competente determinou que fossem realizadas novas diligências na tentativa de localizar o denunciado, confirmando que o processo, assim como o curso do prazo prescricional, deveria permanecer suspenso.

Com base nas informações narradas, na condição de advogado(a) de Ares, que veio a tomar conhecimento dos fatos em julho de 2018, responda aos questionamentos a seguir.

A) Existe argumento para questionar a decisão do magistrado que, em julho de 2018, determinou que o processo e o curso do prazo prescricional permanecessem suspensos? (Valor: 0,65)

B) Existe argumento de direito material a ser apresentado em busca da absolvição de Ares? (Valor: 0,60)

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

Gabarito Comentado

Narra o enunciado que Ares teria efetuado disparos de arma de fogo, no interior de seu quintal, na direção da parede do imóvel em que residia, estando a casa vazia. Ademais, consta a informação que os disparos foram realizados do quintal para o interior da residência, sendo que as munições ficaram alojadas na parede. Os fatos, porém, foram descobertos por policiais militares, vindo Ares a ser denunciado pela suposta prática do crime previsto no Art. 15 da Lei nº 10.826/03.

A) A decisão do magistrado não foi correta. De fato, uma vez que o denunciado não foi localizado para citação pessoal, seria cabível sua citação por edital. Em consequência, não comparecendo o denunciado e nem constituindo advogado, em razão da natureza de citação ficta, o processo, assim como o curso do prazo prescricional, deve ficar suspenso. Ocorre que uma suspensão indefinida do prazo prescricional acabaria por criar um crime, na prática, imprescritível, o que, de acordo com grande parte da doutrina, não poderia ocorrer através de legislação ordinária. Diante disso, através da Súmula 415 do STJ, foi pacificado o entendimento de que a suspensão do prazo prescricional somente poderia durar o período do prazo prescricional, regulado pela pena máxima do crime imputado. O delito do Art. 15 da Lei nº 10.826/03 tem pena máxima prevista de 04 anos, de modo que o prazo prescricional seria de 08 anos. Desde a suspensão do processo, na forma do Art. 366 do CPP, passaram-se mais de 08 anos, logo o prazo prescricional deveria voltar a correr em abril de 2016, sendo equivocada a decisão do magistrado de, em 2018, determinar que fosse mantida a suspensão do prazo prescricional.

B) Sim, existe argumento de direito material a ser apresentado pela defesa técnica de Ares em busca de sua absolvição. Deveria o advogado alegar a atipicidade da conduta, tendo em vista que nem todas as elementares do crime do Art. 15 da Lei nº 10.826/03 foram preenchidas. Em que pese tenha Ares realizado disparos de arma de fogo, não haveria que se falar no crime imputado, pois os disparos não foram realizados em via pública e nem em direção à via pública. Apesar de a rua da residência do denunciado ser habitada, os disparos foram realizados dentro de um quintal, em

direção à parede da casa onde não havia ninguém. Independentemente de a conduta ser moralmente reprovável, não foi praticado o delito imputado.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
ITEM PONTUAÇÂO	
A. Sim, a suspensão da prescrição somente poderia durar o período do prazo prescricional, computado de acordo com o máximo da pena em abstrato prevista, voltando a correr em abril de 2016 (0,55), nos termos da Súmula 415 do STJ (0,10).	0,00/0,55/0,65
B. Sim, a atipicidade da conduta (0,20), tendo em vista que o disparo não foi realizado em via pública e nem em direção à via pública OU tendo em vista que o disparo não foi realizado em local habitado (0,40).	0,00/0,20/0,40/0,60

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 18/08/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 03

Enunciado

Em patrulhamento de rotina, policiais militares receberam uma informação não identificada de que Morfeu, que estava parado em frente à padaria naquele momento, estaria envolvido com o tráfico de drogas da localidade.

Diante disso, os policiais identificaram e realizaram a abordagem de Morfeu, não sendo, em um primeiro momento, encontrado qualquer material ilícito com ele. Diante da notícia recebida momentos antes da abordagem, porém, e considerando que o crime de associação para o tráfico seria de natureza permanente, os policiais apreenderam o celular de Morfeu e, sem autorização, passaram a ter acesso às fotografias e conversas no WhatsApp, sendo verificado que existiam fotos armazenadas de Morfeu portando suposta arma de fogo, bem como conversas sobre compra e venda de material entorpecente.

Entendendo pela existência de flagrante em relação ao crime permanente de associação para o tráfico, Morfeu foi encaminhado para a Delegacia, sendo lavrado auto de prisão em flagrante. Após liberdade concedida em audiência de custódia, Morfeu é denunciado como incurso nas sanções do Art. 35 da Lei nº 11.343/06. No curso da instrução, foram acostadas imagens das conversas de Morfeu via aplicativo a que os agentes da lei tiveram acesso, assim como das fotografias. Os policiais foram ouvidos em audiência, ocasião em que confirmaram as circunstâncias do flagrante. O réu exerceu seu direito ao silêncio.

Com base nas fotografias acostadas, o juiz competente julgou a pretensão punitiva do estado procedente, aplicando a pena mínima de 03 anos de reclusão, além de multa, e fixando o regime inicial fechado, já que o crime imputado seria equiparado a hediondo. Ainda assim, substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Considerando as informações narradas, responda, na condição de advogado(a) de Morfeu, intimado(a) para apresentação de recurso de apelação.

A) Existe argumento a ser apresentado para questionar as provas utilizadas pelo magistrado como fundamento para condenação? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Mantida a condenação, qual o argumento a ser apresentado para questionar a sanção penal aplicada? Justifique. (Valor: 0,60)

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

Gabarito Comentado

A questão exige do candidato conhecimento sobre uma pluralidade de temas, destacando-se os temas prova ilícita, Lei nº 11.343/06 e crimes hediondos.

Narra o enunciado que Morfeu foi abordado por policiais militares e, apesar de nada ilícito ter sido encontrado com ele, os policiais, sem autorização, apreenderam seu celular e obtiveram acesso às conversas de Morfeu via aplicativo whatsapp e ao álbum de fotografias, onde encontraram imagens de Morfeu supostamente com armas de fogo. Com base nesse conteúdo do celular, Morfeu foi preso em flagrante, denunciado e condenado como incurso nas sanções penais do Art. 35 da Lei nº 11.343/06.

A) Sim, existe argumento para questionar as provas que serviram de fundamento para a condenação, tendo em vista que se tratam de provas ilícitas. As provas utilizadas pelo magistrado foram obtidas com violação ao direito à intimidade, já que os policiais obtiveram acesso ao teor das conversas de Morfeu por mensagens e suas fotografias sem sua autorização ou sem prévia autorização judicial. Ocorreu violação à garantia de inviolabilidade da intimidade e vida privada, assegurada no Art. 5º, inciso X, da CRFB, já que não houve o indispensável requerimento (e autorização judicial) de quebra de sigilo de dados. Dessa forma, estamos diante de provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, nos termos do Art. 157 do CPP.

B) O argumento a ser apresentado para questionar a sanção penal aplicada é o de que o crime de associação para o tráfico não é delito equiparado ao hediondo, diferente do tráfico do Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que não está previsto no rol taxativo do Art. 1º da Lei nº 8.072/90. Em respeito ao princípio da legalidade, não há que

se falar em analogia in malam partem. Considerando que o crime de associação para o tráfico não está previsto na Constituição como equiparado a hediondo e nem é mencionado no Art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, não pode o magistrado conferir tal natureza em sua decisão, ainda que exista previsão no sentido de que o prazo do livramento condicional será de mais de 2/3, prazo esse típico dos crimes hediondos e equiparados. Ademais, ainda que fosse considerada a natureza hedionda do delito, a previsão de regime inicial fechado obrigatória vem sendo considerada inconstitucional pelos Tribunais Superiores (Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) por violar o princípio da individualização da pena.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Sim, a prova foi obtida por meio ilícito (0,30), diante da ausência de autorização judicial para quebra de sigilo de dados OU diante da ausência de autorização de Morfeu para acesso ao conteúdo de seu celular (0,25), com violação ao direito à intimidade/privacidade/vida privada (0,10).	0,00/0,10/0,25/0,30/0,35/0,40/0,55/0,65
B. O crime de associação para o tráfico não é delito equiparado a hediondo (0,35) porque não está previsto no Art. 1º da Lei nº 8.072 OU porque não cabe analogia in malam partem, OU em respeito ao princípio da legalidade (0,10), podendo ser aplicado regime aberto (0,15).	0,00/0,10/0,15/0,25/0,35/0,45/0,50/0,60

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXIX Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 18/08/2019**

ÁREA: DIREITO PENAL
PADRÃO DE RESPOSTA – QUESTÃO 04

Enunciado

Em processo no qual se imputava a Ares a prática do crime de constituição de milícia privada, foi designada audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. No dia da audiência, as testemunhas de acusação não compareceram, determinando o magistrado, por economia processual, a oitiva das testemunhas de defesa presentes, apesar de o advogado de Ares se insurgir contra esse fato. Na ocasião, foram ouvidas três testemunhas de defesa, dentre as quais Sísifo, que prestou declarações falsas para auxiliar o colega nesse processo criminal. Identificada sua conduta, porém, houve extração de peças ao Ministério Público, que, em 09 de abril de 2019, ofereceu denúncia em face de Sísifo, imputando-lhe a prática do crime de falso testemunho na forma majorada.

No processo de Ares, foi designada nova audiência de instrução e julgamento, ocasião em que foram ouvidas as testemunhas de acusação; novamente, Sísifo, a seu pedido, prestou declarações, confirmando que havia mentido na audiência anterior, mas que agora contava a verdade, o que veio a prejudicar a própria defesa do réu.

Com base nas declarações das testemunhas de acusação e nas novas declarações de Sísifo, Ares veio a ser condenado. Sísifo, por sua vez, em seu processo pelo crime de falso testemunho, também veio a ser condenado, reconhecendo o magistrado a atenuante do Art. 65, inciso III, alínea b, do Código Penal.

Considerando as informações narradas, responda, na condição de advogado(a) de Ares e Sísifo.

A) Qual argumento de direito processual poderá ser apresentado por você para desconstituir a sentença condenatória do réu? Justifique. (Valor: 0,65)

B) Qual o argumento de direito material a ser apresentado pela defesa técnica de Sísifo para questionar a sentença condenatória? Justifique. (Valor: 0,60)

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

Gabarito Comentado

A) O advogado de Ares poderá buscar o reconhecimento da nulidade da sentença condenatória em razão da violação ao devido processo legal. Isso porque, de acordo com o Art. 400 do CPP, na audiência, primeiro devem ser ouvidas as testemunhas da acusação. Somente após a produção de provas pela acusação poderiam ser ouvidas as testemunhas de defesa e interrogado o acusado. Violando a ordem da oitiva das testemunhas, tendo a defesa se insurgido contra tal inversão e ficando claro o prejuízo com a condenação e alteração dos fatos por parte de Sísifo, deverá ser reconhecida a nulidade do processo desde a primeira audiência de instrução e julgamento.

B) A conduta de Sísifo de, em audiência de instrução e julgamento de processo criminal, fazer afirmação falsa como testemunha, a princípio, configura o crime realmente imputado: Art. 342, § 1º, do CP. Ocorre que, até como forma de incentivar a retratação e minorar os prejuízos causados em processos, previu o legislador, no Art. 342, § 2º, do CP, que se o agente se retrata ou declara a verdade antes da sentença ser proferida no processo em que ocorreu o ilícito, o fato deixa de ser punível. No caso, Sísifo se retratou, narrou a verdade, antes mesmo de ser proferida a sentença condenatória de Ares. Dessa forma, não poderia o magistrado reconhecer que tal retratação funcionaria apenas como atenuante do Art. 65, inciso III, alínea b, do CP, ou arrependimento posterior, devendo reconhecer a extinção da punibilidade do agente, já que o fato deixa de ser punível.

Distribuição dos Pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
A. Houve inversão na ordem de oitiva das testemunhas OU que as testemunhas de defesa não poderiam ter sido ouvidas antes das testemunhas de acusação (0,40), havendo violação ao devido processo legal OU violação à ampla defesa OU violação ao contraditório (0,15), conforme o Art. 564, inciso IV, do CPP OU Art. 400 do CPP (0,10).	0,00/0,15/0,25/0,40/0,50/0,55/0,65

ITEM	PONTUAÇÃO
B. Houve retratação antes da sentença ser proferida no processo de Ares (0,35), deixando o fato de ser punível (0,15), nos termos do Art. 342, § 2º, do CP (0,10).	0,00/0,15/0,25/0,35/0,45/0,50/0,60

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
XXIX Exame de Ordem Unificado

Prova Prático-Profissional **Aplicada em 18/08/2019**

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

Esta versão de estudo traz o conteúdo da prova aplicada em 18/08/2019, 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:** Guilherme → Héracles
- **Questão 1:** Caio → Castor; Bruno → Pólux
- **Questão 2:** Caio → Ares
- **Questão 3:** Wesley → Morfeu
- **Questão 4:** Antônio → Ares; Pablo → Sísifo

Atualização legislativa

Peça — Lei 13.964/2019
O art. 83, III, b, do CP passou a exigir, para o livramento condicional, que o condenado não tenha cometido falta grave nos últimos 12 meses. A falta grave continua sem interromper a contagem do prazo (Súmula 441 do STJ), mas adia o livramento por 12 meses.

Jurisprudência posterior à prova

O STF ou o STJ mudou a forma de ler a lei citada na prova: cobrada hoje, a tese seria outra.

Peça — STF, RE 972.598 (Tema 941, 2020)
O STF decidiu que a oitiva do condenado pelo juiz da execução, em audiência de justificação com o defensor e o Ministério Público, dispensa o procedimento administrativo disciplinar prévio e supre falhas de defesa nele. Como Héracles nunca foi ouvido, nem no presídio nem em juízo, a tese da Súmula 533 do STJ continua valendo neste caso.