

ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA PEÇA PROFISSIONAL

1. Memoriais (art. 403, §3.º, do CPP) endereçados ao juiz de direito da 9.ª Vara Criminal de Planaltina – DF.

2. Preliminar de nulidade por ausência de nomeação de defensor ao réu que não constituiu advogado para apresentar resposta à acusação (art. 396-A, § 2.º, do CPP).

3. Preliminar de nulidade por falta de nomeação de defensor ao réu presente que não o tiver, segundo art. 564, III, “c” do CPP: “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c – a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos”. Súmula n.º 523 do STF: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

O art. 261 do CPP prevê que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Nucci afirma que a não nomeação de defensor *ad hoc* é causa de nulidade absoluta: se o defensor constituído, ou dativo, do acusado não comparecer à audiência de instrução, é fundamental que o magistrado nomeie defensor *ad hoc* (para o ato). Se o ato processual se realizar, ausente a defesa, constitui prejuízo presumido, logo, nulidade absoluta. Cf STJ: HC 40.673-AL, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 26-04-2005, v.u., Boletim AASP n. 2437, set. 2005. Guilherme de Souza Nucci. **Código de processo penal comentado**. 6.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 866-7.

4. Preliminar de nulidade por falta de interrogatório do réu presente. Art. 564, III, “e” do CPP: “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”. Estando o réu presente e desejando defender-se por intermédio de seu interrogatório, não pode o juiz recusar-se a interrogá-lo, sob pena de cerceamento de defesa e nulidade.

5. Absolvição por atipicidade da conduta de José, visto que o fato não constitui infração penal em face da presença de justa causa (elemento normativo do tipo) para o atraso nos pagamentos (ou não pagamento), conforme art. 386, III, do CPP.

José ganha apenas 1 salário mínimo, gasta boa parte de seu salário para comprar remédios indispensáveis à sua sobrevivência, visto que sofre de problemas cardíacos, e constituiu nova família, composta por uma mulher desempregada e 6 outros filhos menores. Não há dolo na conduta de José, sendo que a falta de pagamento da pensão alimentícia se deve à sua absoluta impossibilidade pessoal de fazê-lo.

Ao comentar o art. 244, caput, do CP, Damásio afirma que o elemento normativo do tipo está contido na expressão “sem justa causa”, sendo que não há tipicidade se o sujeito não presta às pessoas os recursos necessários por carência, ou por não ganhar o suficiente. (Damásio E. de Jesus. **Código Penal anotado**. 17.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 817-18).

Em caso de condenação e pelo princípio da eventualidade:

6. Pugar pela fixação da pena no mínimo legal de 1 ano de detenção, arbitrando a multa no mínimo legal. Sustentar que José é primário e portador de bons antecedentes.

7. Sustentar o afastamento da agravante prevista no art. 61, inciso II, “e”, do CP, para evitar o *bis in idem*, visto que o fato de a vítima ser descendente do réu (filho) é elemento constitutivo do tipo previsto no art. 244, *caput*, do CP.

Nesse sentido, o art. 61, *caput*, do CP dispõe que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”.

8. Pleitear o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso I, do CP, visto que José será maior de 70 anos na data da sentença (nasceu em 7/9/1938, tendo a defesa sido intimada para a apresentação dos memoriais em 15/6/2009).

9. Requerer a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, conforme previsão do art. 33, §2.º, “c”, do CP, e a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou por uma pena restritiva de direitos, na forma prevista no art. 44, §2.º, do CP, com a possibilidade de José aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença (apelar em liberdade) em face de sua primariedade, bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa e ausência dos requisitos que autorizariam sua prisão preventiva.

10. Último dia de protocolo da peça: 22/6/2009 (segunda-feira).

O art. 403, §3.º, do CPP prevê que “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”.

Assim, haja vista que a defesa foi intimada em 15/6/2009 (segunda-feira), o último dia do prazo para oferecer os memoriais será o dia 22 (segunda-feira). Nesse sentido, importante registrar que, apesar de os 5 dias terminarem em um sábado, o art. 798 do CPP dispõe que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”, e o §3.º do citado artigo dispõe que “o prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato”.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 1

O juiz não agiu corretamente ao denegar a apelação visto que o recurso era tempestivo. O art. 593 do CPP dispõe que “caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular”. Por seu turno, o art. 798 do CPP prevê que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. O §1.º do citado artigo dispõe que “não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”.

Ao comentar o referido artigo, o professor Nucci exemplifica: “aquele que for intimado no dia 14, sexta-feira, para cumprir um ato processual em três dias, terá até o dia 19 (quarta-feira) para tanto. Não se inicia o prazo no sábado, quando não há expediente e, sim, na segunda-feira” (Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal comentado**. 6.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

Desse modo, intimados da sentença em 8/5/2009, sexta-feira, o prazo para apelação começaria a contar na segunda-feira seguinte, 11/5/2009, e se encerraria em 15/5/2009, sexta-feira.

É previsto recurso em sentido estrito. O Código de Processo Penal, no artigo 581 prevê que “caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: XV – que denegar a apelação ou a julgar deserta”.

Sendo cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, XV, do CPP), o prazo de interposição será de 5 dias, nos termos do art. 586 do CPP (“o recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias”).

“O prazo para interposição de recurso em sentido estrito é de cinco dias, conforme o disposto no artigo 586 do Código de Processo Penal, contado até a data do protocolo” (STJ – HC 36.744/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 22/11/2004 p. 391). No mesmo sentido: “No processo penal, o prazo para a interposição de recurso em sentido estrito em face de decisão, despacho ou sentença é de cinco dias, nos termos do art. 586 do Código de Processo Penal” (STJ – REsp 332.644/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 21/02/2002, DJ 18/03/2002 p. 309).

Assim, tendo sido o sentenciado e sua defesa intimados da decisão que denegou a apelação no dia 1.º de junho de 2009 (segunda-feira), o último dia do prazo para a interposição do recurso seria 8 de junho de 2009 (segunda-feira).

Importante registrar que, apesar de os 5 dias terminarem em um sábado, o art. 798 do CPP dispõe que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. O §3.º do citado artigo dispõe que “o prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato”.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 2

A medida cabível em benefício do condenado é o recurso de agravo de execução, que deverá ser interposto com base no art. 197 da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP). A fundamentação de direito material é a unificação das penas com base na continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP. A competência é do tribunal de justiça do estado.

De acordo com o art. 66 da LEP, 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;

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.”

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 3

Trata-se do instituto da *reformatio in pejus* indireta. Segundo entendimento do STJ, o juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa, ou por impetração de *habeas corpus*, não há como o juiz competente impor ao réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de *reformatio in pejus* indireta. Nesse sentido: RHC 20.337/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 04/05/2009.

Dessa forma, a defesa técnica poderia interpor o recurso cabível, a fim de pleitear a redução da pena imposta pelo juízo competente ao *quantum* fixado no primeiro julgamento.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 4

A nova lei deverá retroagir, pois se trata de *novatio legis in melius*. Assim, caberá ao juízo das execuções penais (Súmula 611/ STF) determinar a substituição da pena privativa de liberdade imposta pelas medidas previstas no art. 28 da nova lei de drogas. Nesse sentido, já decidiu o STJ: “A Turma deu provimento ao recurso para que o juízo da execução criminal substitua a pena privativa de liberdade imposta pela prática do crime do art. 16 da Lei n. 6.368/1976 pelas medidas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, nos termos do art. 27 da nova Lei de Tóxicos. Para a Min. Relatora, o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 deve retroagir para beneficiar o condenado pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/1976, por ser a nova legislação mais benéfica (CP, art. 2.º, parágrafo único). Nos termos do art. 66, I, da LEP, bem como da Súm. n.º 611-STF, compete ao juízo da execução criminal, após o trânsito em julgado da condenação, aplicar lei penal mais benigna. REsp 1.025.228-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 6/11/2008.

CESPE / UnB

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

ÁREA: DIREITO PENAL

Aplicação: 25/10/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

QUESTÃO 5

Não há justa causa para a ação penal, haja vista a ausência de decisão definitiva sobre a exigência fiscal do crédito tributário, inexistindo, portanto, lançamento pelo Fisco. O esgotamento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade, conforme entendimento pacificado na jurisprudência, especialmente no STF (orientação fixada desde o julgamento do HC 81.611).