

EDUARDO DOMPIERI

2017
6ª EDIÇÃO

PRÁTICA PENAL

2ª FASE

WANDER GARCIA
COORDENADOR DA COLEÇÃO

– PEÇAS PRÁTICAS
– QUESTÕES DISCURSIVAS

– Exercícios práticos OAB/EXAME
UNIFICADO Resolvidos

– Peças prático-profissionais
OAB/EXAME UNIFICADO
Resolvidas

– Modelos de peças
práticas

COMPLETO
PARA

OAB

2ª FASE

CARTÃO PROMOCIONAL **GRÁTIS**



Curso COMPLETO
para OAB (2ª Fase)

Prática Penal

Acesso por 7 dias durante a vigência desta edição



SIGA O COORDENADOR NO TWITTER
PARA DICAS E REVISÕES

EDITORA
FOCO

Na compra deste livro, **GANHE**,
por sete dias, acesso ao curso de
OAB 2ª fase – Prática Penal do IEDI,
coordenado pelo Prof. Wander Garcia.

2017 © Editora Foco

Coordenador: Wander Garcia

Autor: Eduardo Dompieri

Editor: Márcio Dompieri

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Gerente Editorial: Paula Tseng

Equipe Editora Foco: Georgia Dias e Ivo Shigueru Tomita

Projeto Gráfico e Capa: R2 Editorial

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão e acabamento: IMPRENSA DA FÉ

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dompieri, Eduardo

Como passar na OAB : 2ª fase : prática penal / Eduardo Dompieri.
– 6. ed. – Indaiatuba, SP : Editora Foco Jurídico, 2017. – (Coleção
como passar / coordenador Wander Garcia)

1. Direito penal – Brasil – Exames, questões etc. 2. Ordem
dos Advogados do Brasil 3. Prática forense – Brasil I. Garcia,
Wander. II. Título. III. Série.

ISBN: 978-85-8242-167-3

16-06762

CDU-343.(81)(079.1)

Índices para catálogo sistemático:

1. Ordem dos Advogados do Brasil : Prática penal :
Exames de Ordem 343.(81)(079.1)

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora Foco, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações do Conteúdo: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

Bônus ou Capítulo On-line: Excepcionalmente, algumas obras da editora trazem conteúdo extra no *on-line*, que é parte integrante do livro, cujo acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (10.2016)

Data de Fechamento (09.2016)

2017

Todos os direitos reservados à Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter, 542 – American Park Distrito Industrial
CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

ORIENTAÇÕES AO EXAMINANDO	1
1. PROVIMENTO CFOAB 144/2011: O NOVO EXAME DE ORDEM	1
2. PONTOS A SEREM DESTACADOS NO EDITAL DO EXAME	4
2.1. Materiais/procedimentos permitidos e proibidos	4
2.2. Legislação nova e legislação revogada.....	5
2.3. Critérios de correção.....	5
3. DICAS DE COMO ESTUDAR	7
3.1. Tenha calma	7
3.2. Tenha em mãos todos os instrumentos de estudo e treinamento.....	7
3.3. 1º Passo – Leitura dos enunciados das provas anteriores	8
3.4. 2º Passo – Reconhecimento das leis	8
3.5. 3º Passo – Estudo holístico dos exercícios práticos (questões discursivas).....	8
3.6. 4º Passo – Estudo holístico das peças práticas (peças prático-profissionais)	9
3.7. 5º Passo – Verificar o que faltou	10
3.8. Dicas finais para resolver os problemas.....	10
3.9. Dicas finais para o dia da prova	10
EXERCÍCIOS PRÁTICOS.....	13
1. DIREITO PENAL.....	13
1.1. Fontes, princípios e aplicação da lei penal	13
1.2. Teoria do crime.....	18
1.3. Penas, concurso de crimes e ação penal	33
1.4. Extinção da punibilidade	39
1.5. Crimes contra a pessoa.....	47
1.6. Crimes contra o patrimônio	53
1.7. Crimes contra a dignidade sexual	67
1.8. Crimes contra a fé pública	71
1.9. Crimes contra a Administração Pública.....	72
1.10. Crimes relativos a drogas.....	76
1.11. Outros crimes do Código Penal e legislação extravagante	83
2. DIREITO PROCESSUAL PENAL	93
2.1. Inquérito policial	93
2.2. Ação penal e ação civil.....	96

2.3. Jurisdição e competência; conexão e continência.....	99
2.4. Questões e processos incidentes	106
2.5. Prova.....	107
2.6. Prisão.....	113
2.7. Processos e procedimentos; sentença, preclusão e coisa julgada	122
2.8. Processo dos crimes de competência do júri.....	127
2.9. Recursos e ações autônomas de impugnação	132
2.10. Revisão criminal.....	141
2.11. Execução penal	143
2.12. Legislação extravagante	153

PEÇAS PRÁTICO-PROFISSIONAIS 159

Resolução da peça prático-profissional – modelo de <i>HABEAS CORPUS</i>	160
Resolução da peça prático-profissional – modelo de RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE	162
Resolução da peça prático-profissional – modelo de APELAÇÃO	164
Razões de apelação.....	165
Resolução da peça prático-profissional – modelo de MEMORIAIS	167
Resolução da peça prático-profissional – modelo de MEMORIAIS	170
Resolução da peça prático-profissional – modelo de APELAÇÃO	173
Resolução da peça prático-profissional – modelo de DEFESA PRÉVIA	176
Resolução da peça prático-profissional – modelo de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.....	178
Recurso em Sentido Estrito – petição de interposição	178
Razões de Recurso em Sentido Estrito	179
Resolução da peça prático-profissional – modelo de MEMORIAIS	181
Resolução da Peça Prático-Profissional – modelo de QUEIXA-CRIME.....	184
Resolução da peça prático-profissional – modelo de MEMORIAIS	187
Resolução da peça prático-profissional – modelo de DEFESA PRÉVIA	191
Resolução da peça prático-profissional – modelo de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.....	197
Recurso em Sentido Estrito – petição de interposição	197
Razões de Recurso em Sentido Estrito	197
Resolução da peça prático-profissional – modelo de APELAÇÃO	201
Razões de apelação.....	202
Resolução da peça prático-profissional – modelo de APELAÇÃO	205
Razões de apelação.....	206
Resolução da peça prático-profissional – modelo de RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE	212

ORIENTAÇÕES AO EXAMINANDO

1. Provimento CFOAB 144/2011: o Novo Exame de Ordem

O Conselho Federal da OAB publicou, em 13/06/2011, o Provimento 144/2011, que estabelece as novas normas e diretrizes de Ordem.

Confira o texto integral do Provimento do Novo Exame da OAB atualizado pelos Provimentos CFOAB 150/2013 e CFOAB 156/2013.

PROVIMENTO Nº 144, de 13 de junho de 2011.

Dispõe sobre o Exame de Ordem.

O **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 8º, § 1º, e 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB, tendo em vista o decidido nos autos da Proposição n. 2011.19.02371-02,

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DO EXAME DE ORDEM

Art. 1º O Exame de Ordem é preparado e realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, mediante delegação dos Conselhos Seccionais.

§ 1º A preparação e a realização do Exame de Ordem poderão ser total ou parcialmente terceirizadas, ficando a cargo do CFOAB sua coordenação e fiscalização.

§ 2º Serão realizados 03 (três) Exames de Ordem por ano.

CAPÍTULO II

DA COORDENAÇÃO NACIONAL DE EXAME DE ORDEM

Art. 2º É criada a Coordenação Nacional de Exame de Ordem, competindo-lhe organizar o Exame de Ordem, elaborar-lhe o edital e zelar por sua boa aplicação, acompanhando e supervisionando todas as etapas de sua preparação e realização.

→ Redação alterada pelo Provimento CFOAB 156/2013.

Parágrafo único: (Revogado pelo Provimento CFOAB 150/2013).

Art. 2º-A A Coordenação Nacional de Exame de Ordem será designada pela Diretoria do Conselho Federal e será composta por:

→ Artigo acrescentado pelo Provimento CFOAB 150/2013.

I – 03 (três) Conselheiros Federais da OAB;

II – 03 (três) Presidentes de Conselhos Seccionais da OAB;

- III – 01 (um) membro da Escola Nacional da Advocacia;
 - IV – 01 (um) membro da Comissão Nacional de Exame de Ordem;
 - V – 01 (um) membro da Comissão Nacional de Educação Jurídica;
 - VI – 02 (dois) Presidentes de Comissão de Estágio e Exame de Ordem de Conselhos Seccionais da OAB.
- Parágrafo único:** A Coordenação Nacional de Exame de Ordem contará com ao menos 02 (dois) membros por região do País e será presidida por um dos seus membros, por designação da Diretoria do Conselho Federal.

CAPÍTULO III

DA COMISSÃO NACIONAL DE EXAME DE ORDEM, DA COMISSÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO JURÍDICA, DO COLÉGIO DE PRESIDENTES DE COMISSÕES DE ESTÁGIO E EXAME DE ORDEM E DAS COMISSÕES DE ESTÁGIO E EXAME DE ORDEM.

Art. 3º À Comissão Nacional de Exame de Ordem e à Comissão Nacional de Educação Jurídica compete atuar como órgãos consultivos e de assessoramento da Diretoria do CFOAB.

Art. 4º Ao Colégio de Presidentes de Comissões de Estágio e Exame de Ordem compete atuar como órgão consultivo e de assessoramento da Coordenação Nacional de Exame de Ordem.

Art. 5º As Comissões de Estágio e Exame de Ordem dos Conselhos Seccionais compete fiscalizar a aplicação da prova e verificar o preenchimento dos requisitos exigidos dos examinandos quando dos pedidos de inscrição, assim como difundir as diretrizes e defender a necessidade do Exame de Ordem.

CAPÍTULO IV

DOS EXAMINANDOS

Art. 6º A aprovação no Exame de Ordem é requisito necessário para a inscrição nos quadros da OAB como advogado, nos termos do art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/1994.

§ 1º Ficam dispensados do Exame de Ordem os postulantes oriundos da Magistratura e do Ministério Público e os bacharéis alcançados pelo art. 7º da Resolução n. 02/1994, da Diretoria do CFOAB.

→ § 1º acrescentado pelo Provimento CFOAB 167/2015.

§ 2º Ficam dispensados do Exame de Ordem, igualmente, os advogados públicos aprovados em concurso público de provas e títulos realizado com a efetiva participação da OAB, e que estejam há mais de 05 (cinco) anos no exercício da profissão.

→ § 2º acrescentado pelo Provimento CFOAB 167/2015.

§ 3º Os advogados enquadrados no § 2º do presente artigo terão o prazo de 06 (seis) meses, contados a partir da data da publicação do Provimento n. 167/2015-CFOAB, para regularização de suas inscrições perante a Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de decadência do direito.

→ § 3º acrescentado pelo Provimento CFOAB 167/2015.

Art. 7º O Exame de Ordem é prestado por bacharel em Direito, ainda que pendente sua colação de grau, formado em instituição regularmente credenciada.

§ 1º É facultado ao bacharel em Direito que detenha cargo ou exerça função incompatível com a advocacia prestar o Exame de Ordem, ainda que vedada a sua inscrição na OAB.

§ 2º Poderá prestar o Exame de Ordem o portador de diploma estrangeiro que tenha sido revalidado na forma prevista no art. 48, § 2º, da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 3º Poderão prestar o Exame de Ordem os estudantes de Direito dos últimos dois semestres ou do último ano do curso.

→ § 3º com redação alterada pelo Provimento CFOAB 156/2013.

CAPÍTULO V

DA BANCA EXAMINADORA E DA BANCA RECURSAL

Art. 8º A Banca Examinadora da OAB será designada pelo Coordenador Nacional do Exame de Ordem.

Parágrafo único: Compete à Banca Examinadora elaborar o Exame de Ordem ou atuar em conjunto com a pessoa jurídica contratada para a preparação, realização e correção das provas, bem como homologar os seus gabaritos.

→ Parágrafo único com redação alterada pelo Provimento CFOAB 156/2013.

EXERCÍCIOS PRÁTICOS

1. DIREITO PENAL

1.1. Fontes, princípios e aplicação da lei penal

(OAB/Exame Unificado – 2015.3 – 2ª fase) No dia 10 de fevereiro de 2012, João foi condenado pela prática do delito de quadrilha armada, previsto no Art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Considerando as particularidades do caso concreto, sua pena foi fixada no máximo de 06 anos de reclusão, eis que duplicada a pena base por força da quadrilha ser armada. A decisão transitou em julgado. Enquanto cumpria pena, entrou em vigor a Lei nº 12.850/2013, que alterou o artigo pelo qual João fora condenado. Apesar da sanção em abstrato, excluídas as causas de aumento, ter permanecido a mesma (reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos), o aumento de pena pelo fato da associação ser armada passou a ser de até a metade e não mais do dobro.

Procurado pela família de João, responda aos itens a seguir.

A) O que a defesa técnica poderia requerer em favor dele? (Valor: 0,65)

B) Qual o juízo competente para a formulação desse requerimento? (Valor: 0,60)

Obs.: sua resposta deve ser fundamentada. A simples citação do dispositivo legal não será pontuada.

GABARITO COMENTADO – EXAMINADORA

- A) A defesa técnica de João poderia requerer a aplicação da lei nova, que é mais benéfica para o acusado. A redação anterior do Art. 288, parágrafo único, do CP previa que, no caso daquele crime ser praticado com armas de fogo, a pena seria dobrada. Hoje, o dispositivo prevê que a pena, nessa mesma hipótese, será “*apenas*” aumentada de, no máximo, metade. Assim, no caso de João, como sua pena base foi aplicada em 03 anos, a pena final restaria em, no máximo, 04 anos e 06 meses. A nova lei, então, é favorável ao condenado, de modo que pode retroagir para atingir situações pretéritas, na forma do Art. 2º, parágrafo único, do CP.
- B) Considerando que já houve trânsito em julgado da sentença condenatória, o juízo competente para formulação do requerimento é o da Vara de Execuções Penais, na forma do enunciado 611 da Súmula não vinculante do STF ou do Art. 66, inciso I, da LEP.

Distribuição dos Pontos:

ITEM	PONTUAÇÃO
A) Poderia requerer a redução de sua pena pela aplicação da Lei 12.850/2013 ou pela aplicação da nova redação do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, que traz previsão mais favorável ao acusado e deve retroagir (0,55), na forma do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal OU do art. 5º, XL, CRFB (0,10).	0,00/0,55/0,65
B) O juízo competente é o da Vara de Execuções Penais (0,50), na forma do Enunciado 611 da Súmula não vinculante do STF OU do Art. 66, inciso I, da LEP (0,10).	0,00/0,50/0,60

(OAB/Exame Unificado – 2012.1 – 2ª fase) Ricardo foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, 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 – EXAMINADORA

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. 8.137/1990), 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. 8.137/1990.

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. 8.137/1990. 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.

Distribuição dos Pontos:

QUESITO AVALIADO	FAIXA DE VALORES
Mencionar o princípio da consunção OU o princípio da absorção (0,25)	0,00/0,25
O crime do art. 299 do CP teria constituído meio para o cometimento do delito-fim, que foi o crime contra a ordem tributária (0,60), de tal modo que a vinculação entre a falsidade ideológica e esse último permitiria reconhecer, em referido contexto, a preponderância do delito contra a ordem tributária. Consequentemente, Ricardo deve responder pelo delito descrito no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 (0,40). <i>Obs.1: a mera indicação da consequência, dissociada do correto desenvolvimento, não será pontuada.</i>	0,00/0,40/0,60/1,00

(OAB/Exame Unificado – 2009.2 – 2ª fase) 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. 6.368/1976 (uso de substância entorpecente). Antes de se iniciar o cumprimento da pena, foi publicada a Lei nº 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.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

A lei penal, em consonância com o que estabelece o art. 5º, XL, da CF, não retroagirá, salvo em uma situação excepcional: *em benefício do réu*.

Dito de outro modo, a lei penal é, em regra, irretroativa, devendo, por conta disso, ser aplicada a norma em vigor no momento do fato (*tempus regit actum*).

O art. 2º do Código Penal estabelece as duas hipóteses em que a projeção de efeitos para o passado poderá ocorrer: *abolitio criminis* e *novatio legis in mellius*. Nesses dois casos, a norma penal só pode atingir fatos pretéritos se for em benefício do acusado.

O advento de lei penal mais favorável ao agente (*novatio legis in mellius*), como é o caso do art. 28 da Lei 11.343/2006, faz com que ela projete seus efeitos para o passado, em vista do disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

De outro lado, é competente para decidir sobre a referida aplicação o juízo das execuções penais, conforme dispõem o art. 66, I, da Lei de Execução Penal e a Súmula 611 do STF.

Comentários adicionais:

A teor do art. 28 da Lei 11.343/2006, aquele que *adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo*, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Não será mais aplicável ao usuário, assim, pena de prisão, ainda que reincidente seja.

Assim que foi editada a atual Lei de Drogas, deflagrou-se, na doutrina, intenso debate acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006. Tal se deu porque o legislador não previu, para este crime, pena privativa de liberdade, mas tão somente penas de advertência sobre os efeitos das drogas, de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo. Atualmente, esta questão encontra-se superada. Com efeito, a 1ª Turma do STF decidiu que o dispositivo tem natureza de *crime*, e o usuário é um “toxico delinquente” (RE 430.105-9-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.2.2007).

No que toca à *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, do CP), esta ocorrerá sempre que uma lei nova deixar de considerar crime determinado fato até então criminoso. É, por força do que dispõe o art. 107, III, do CP, *causa de extinção da punibilidade*, que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo, mesmo no curso da execução da pena. Além disso, tem o condão de fazer cessar a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Os efeitos extrapenais, todavia, subsistem (art. 2º, *caput*, do CP).

Registre-se, no mais, que o STJ, acerca da retroatividade das disposições da atual Lei de Drogas e também em relação ao tema *combinação de leis*, editou a Súmula 501, cujo teor é o seguinte: “É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

(OAB/Exame Unificado – 2006.2 – 2ª fase) Considere que Júlio tenha subtraído, para si, de uma loja de um shopping, um boné no valor de R\$ 42,00. Diante dessa situação, redija um texto, de forma fundamentada, discutindo se a conduta de Júlio constitui crime de furto. Aborde, em seu texto, o conceito de tipicidade conglobante. Extensão máxima: 30 linhas

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Em princípio, a conduta praticada por Júlio não constitui crime de furto, capitulado no art. 155 do Código Penal.

Trata-se, sim, de *infração bagatelar*. Aplica-se, por conta disso, o princípio da insignificância ou de bagatela, que tem como consequência a exclusão da tipicidade material. Não há, nesse caso, que se falar em crime.

De qualquer forma, para o reconhecimento da infração bagatelar, é de suma importância a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, levando-se em conta os requisitos consagrados na jurisprudência, a saber: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Para a teoria da tipicidade conglobante, concebida por Eugenio Raúl Zaffaroni, é insuficiente a correspondência formal da conduta ao tipo penal, já que a tipicidade há de ser analisada de forma conglobada, ou seja, deve ser cotejada com todo o ordenamento jurídico.

É necessário que a conduta, portanto, seja contrária ao direito como um todo.

Bem por isso, não se está diante de um fato típico se a conduta é autorizada, por exemplo, pelo Direito Administrativo.

Comentários adicionais:

Nesse sentido, os seguintes acórdãos:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM

SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – “*RES FURTIVA*” (UM SIMPLES BONÉ) NO VALOR DE R\$ 10,00 – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*”. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES. – A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível – além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes –, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do *status poenalis* do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. (HC 84687, em branco, STF)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DE UM BONÉ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. BEM SUBTRAÍDO RESTITUÍDO À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESPERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A conduta perpetrada pelo agente – furto qualificado de um boné, que foi recuperado pela vítima no mesmo dia –, insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 2. Em caso de furto, para considerar que o fato não lesionou o bem jurídico tutelado pela norma, excluindo a tipicidade penal, deve-se conjugar o dano ao patrimônio da vítima com a mínima periculosidade social e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, elementos que estão presentes na espécie, porque o desvalor da ação é mínimo e o fato não causou qualquer consequência danosa. 3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 4. Ordem concedida para anular a decisão condenatória. (HC 200801871019, Laurita Vaz, – QUINTA TURMA, 15/12/2008)

PENAL – *HABEAS CORPUS* – FURTO DE UM BONÉ – VALOR DE R\$ 50,00 – OBJETO RESTITUÍDO À VÍTIMA – REINCIDÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA – POSSIBILIDADE – IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA NECESSARIEDADE DA PENA – ORDEM CONCEDIDA PARA RECONHECER A ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1 – Se o bem tutelado nem mesmo chegou a ser ofendido, nem há relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade. 2 – A aplicação dos princípios da necessidade e da suficiência afasta a fixação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante. 3 – Maus antecedentes e reincidência não impedem a aplicação do princípio da bagatela. 4 – Ordem concedida para absolver o paciente pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (HC 200703000368, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), – SEXTA TURMA, 25/08/2008)

1.2. Teoria do crime

(OAB/Exame Unificado – 2016.2 – 2ª fase) Andy, jovem de 25 anos, possui uma condenação definitiva pela prática de contravenção penal. Em momento posterior, resolve praticar um crime de estelionato e, para tanto, decide que irá até o portão da residência de Josefa e, aí, solicitará a entrega de um computador, afirmando que tal requerimento era fruto de um pedido do próprio filho de Josefa, pois tinha conhecimento que este trabalhava no setor de informática de determinada sociedade. Ao chegar ao portão da casa, afirma para Josefa que fora à sua residência buscar o computador da casa a pedido do filho dela, com quem trabalhava. Josefa pede para o marido entregar o computador a Andy, que ficara aguardando no portão. Quando o marido de Josefa aparece com o aparelho, Andy se surpreende, pois ele lembrava seu falecido pai. Em razão disso, apesar de já ter empregado a fraude, vai embora sem levar o bem. O Ministério Público ofereceu denúncia pela prática de tentativa de estelionato, sendo Andy condenado nos termos da denúncia.

Como advogado de Andy, com base apenas nas informações narradas, responda aos itens a seguir.

- A) Qual tese jurídica de direito material deve ser alegada, em sede de recurso de apelação, para evitar a punição de Andy? Justifique. (Valor: 0,65)
- B) Há vedação legal expressa à concessão do benefício da suspensão condicional do processo a Andy? Justifique. (Valor: 0,60)

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

GABARITO COMENTADO – EXAMINADORA

- A) A tese de direito material a ser alegada pelo advogado de Andy é que, no caso, não poderia ele ter sido punido pela tentativa, tendo em vista que houve desistência voluntária. Prevê o Art. 15 do CP que o agente que voluntariamente desiste de prosseguir na execução responde apenas pelos atos já praticados e não pela tentativa do crime inicialmente pretendido. Isso porque o agente opta por não prosseguir quando pode, ao contrário da tentativa, quando o agente não pode prosseguir por razões alheias à sua vontade. No caso, a execução já tinha sido iniciada, quando Andy empregou fraude. O benefício, porém, não foi obtido, sendo certo que o crime não se consumou pela vontade do próprio agente. Assim, sua conduta se torna atípica e deveria ele ser absolvido.
- B) Não há vedação legal, podendo Andy fazer jus ao benefício da suspensão condicional do processo. O crime de estelionato possui pena mínima de 01 ano, o que está de acordo com as exigências do Art. 89 da Lei 9.099/1995. Ademais, prevê o dispositivo que não caberá suspensão se o agente já houver sido condenado ou se responder a outro processo pela prática de crime. Todavia, no caso, Andy havia sido condenado pela prática de contravenção penal, logo, não há vedação à concessão do benefício.

(OAB/Exame Unificado – 2016.1 – 2ª fase) João estava dirigindo seu automóvel a uma velocidade de 100 km/h em uma rodovia em que o limite máximo de velocidade é de 80 km/h. Nesse momento, foi surpreendido por uma bicicleta que atravessou a rodovia de maneira inesperada, vindo a atropelar Juan, condutor dessa bicicleta, que faleceu no local em virtude do acidente. Diante disso, João foi

denunciado pela prática do crime previsto no Art. 302 da Lei 9.503/1997. As perícias realizadas no cadáver da vítima, no automóvel de João, bem como no local do fato, indicaram que João estava acima da velocidade permitida, mas que, ainda que a velocidade do veículo do acusado fosse de 80 km/h, não seria possível evitar o acidente e Juan teria falecido. Diante da prova pericial constatando a violação do dever objetivo de cuidado pela velocidade acima da permitida, João foi condenado à pena de detenção no patamar mínimo previsto no dispositivo legal.

Considerando apenas os fatos narrados no enunciado, responda aos itens a seguir.

A) Qual o recurso cabível da decisão do magistrado, indicando seu prazo e fundamento legal? (Valor: 0,60)

B) Qual a principal tese jurídica de direito material a ser alegada nas razões recursais? (Valor: 0,65)

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

GABARITO COMENTADO – EXAMINADORA

A) O recurso cabível da sentença do magistrado que condenou João é o recurso de apelação, cujo prazo de interposição é de 05 dias e o fundamento é o Art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal.

B) A principal tese jurídica a ser apresentada é o requerimento de absolvição o acusado, pois, em que pese ter havido violação do dever objetivo de cuidado, essa violação não representou incremento do risco no caso concreto, pois, ainda que observada a velocidade máxima prevista para a pista, com respeito ao dever de cuidado, o resultado teria ocorrido da maneira como ocorreu. Dessa forma, o examinando pode fundamentar o pedido de absolvição com base na ausência de incremento do risco, sendo essa ausência, de acordo com a Teoria da Imputação Objetiva, fundamento para absolvição. De qualquer maneira, o cerne da resposta é a indicação de que não foi a violação do dever de cuidado a responsável pelo resultado lesivo, de modo que não deveria João ser por ele responsabilizado.

A Banca também considerou como correta a resposta que indicava a inexistência de culpa, apesar da violação do dever objetivo de cuidado, em razão da ausência do elemento previsibilidade, sob a alegação de que João não poderia prever que uma bicicleta atravessaria seu caminho em uma rodovia de tráfego intenso, em local inadequado.

Distribuição dos Pontos:

ITEM	PONTUAÇÃO
A) O recurso cabível da sentença do magistrado é a Apelação (0,35), cujo fundamento legal é previsto no Art. 593, inciso I , do CPP (0,10), com prazo de interposição de 05 dias (0,15). 0,00/0,15/0,25/0,35	0,45/0,50/0,60
B) Não foi praticado crime OU deveria João ser absolvido (0,15), razão da aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, pois ainda que não houvesse violação do dever objetivo de cuidado, o resultado teria ocorrido da mesma maneira que ocorreu, não havendo incremento do risco realizado no resultado OU porque não havia culpa em razão da ausência do elemento previsibilidade (0,50).	0,00/0,15/0,50/0,65

(OAB/Exame Unificado – 2015.2 – 2ª fase) No interior de uma casa de festas, Paulo estava bebendo *whisky* com sua namorada Roberta para comemorar um ano de namoro. Em determinado momento, chegou Flávio ao local, ex-namorado de Roberta, indo de imediato cumprimentá-la. Insatisfeito, Paulo foi em direção a Flávio e desferiu três socos em sua cabeça, causando lesões corporais gravíssimas. Paulo foi denunciado pela prática do crime do art. 129, § 2º, do Código Penal, sendo absolvido em sentença de primeiro grau, entendendo o magistrado que, apesar de Paulo ter ingerido grande quantidade de bebida alcoólica conscientemente, a embriaguez não foi voluntária, logo naquele momento Paulo era inimputável.

Flávio procura você na condição de advogado, esclarece que não houve habilitação como assistente de acusação e informa que o prazo de recurso do Ministério Público se esgotou no dia anterior, tendo o Promotor se mantido inerte.

Considerando a situação hipotética, na condição de advogado de Flávio, responda aos itens a seguir.

- A) Qual medida processual deve ser adotada pelo ofendido para superar a decisão do magistrado e em qual prazo? Justifique. **(Valor: 0,65)**
- B) Qual argumento de direito material a ser alegado para combater a decisão de primeiro grau? Justifique. **(Valor: 0,60)**

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

GABARITO COMENTADO – EXAMINADORA

- A) O ofendido, por intermédio de um advogado, poderia apresentar recurso de apelação, ainda que não tenha se habilitado, em momento anterior, como assistente de acusação. Prevê o art. 598 do Código de Processo Penal que, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido, ainda que não tenha se habilitado como assistente de acusação, poderá interpor apelação. O prazo será de 15 dias a partir do fim do prazo do Ministério Público. No caso, houve omissão do Ministério Público, então caberá o recurso do ofendido, sendo certo que, diante da sentença absolutória, além da legitimidade existe interesse recursal. Deve ser esclarecido que não basta o examinando afirmar que deveria Flavio habilitar-se como assistente de acusação, caso esta afirmação não venha acompanhada da possibilidade de interposição de recurso de apelação.
- B) No mérito, o examinando deveria demonstrar o equívoco da decisão do magistrado. A hipótese narrada indica que a ingestão de bebida alcoólica foi consciente e intencional, ainda que o resultado embriaguez não tenha sido. Contudo, prevê o Art. 28, inciso II, do Código Penal que a embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal. Assim, somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, poderia afastar a culpabilidade, levando a uma absolvição.

Distribuição dos Pontos:

ITEM	PONTUAÇÃO
A) O ofendido poderia interpor recurso de apelação (0,35), na forma do Art. 598 do CPP (0,10), sendo o prazo de 15 dias (0,20).	0,00 / 0,20 / 0,30 / 0,35 / 0,45 / 0,55 / 0,65
B) O argumento é que a embriaguez de Paulo foi voluntária ou culposa (0,15), logo não exclui a imputabilidade penal (0,35), na forma do Art. 28, inciso II, do CP (0,10).	0,00 / 0,15 / 0,25 / 0,35 / 0,45 / 0,50 / 0,60

PEÇAS

PRÁTICO-PROFISSIONAIS

(OAB/Exame Unificado – 2006.1 – 2ª fase) Peça Prático-Profissional. João da Silva procurou um escritório de advocacia, localizado no Setor Noroeste, Edifício Modern Hall, salas 110/112, em Brasília/DF, e relatou ao advogado que o atendeu que sua irmã, Lilian da Silva, brasileira, solteira, do lar, residente e domiciliada na SQN 311, bl. X, ap. 702, Brasília – DF, havia sido presa e autuada em flagrante delito no dia 1/3/06, na cidade de Brasília, pela prática de crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. João da Silva informou ainda que a denúncia fora recebida no dia 3/4/06 pelo Juiz de Direito da 5.ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília – DF. Ele afirmou que Lilian da Silva é primária, tem bons antecedentes, possui residência fixa no distrito da culpa e frequenta regularmente as aulas do 3º ano do ensino médio. Outrossim, argumentou que Lilian, após a prisão em flagrante, quitou integralmente os débitos para com a Fazenda Pública, referentes ao Auto de Infração nº 6.332/2005, no valor de R\$ 2.100,00, motivo pelo qual, segundo ele, a indiciada merece ser posta em liberdade, aquiescendo em prestar compromisso de comparecer a todos os atos processuais aos quais for intimada. Na ocasião, João da Silva, com o propósito de auxiliar o pleito, trazia consigo os seguintes documentos pertencentes a sua irmã: nota de culpa, cópia do auto de prisão em flagrante, certidão negativa de antecedentes criminais, conta de água, histórico escolar e comprovantes de pagamento de tributos. Considerando a situação hipotética apresentada e na condição de advogado, redija, perante o juízo de 1º grau competente, a peça profissional pertinente a favor de sua nova cliente, Lilian da Silva (coloque a data de hoje e assinhe como ADVOGADO). Extensão máxima: 90 linhas

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O *habeas corpus* constitui uma ação de índole constitucional destinada a tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo – art. 5º, LXVIII, da CF. Está em jogo, pois, o direito de ir e vir.

O Código de Processo Penal, por sua vez, disciplina esta ação nos arts. 647 e seguintes.

Qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus*, aqui incluído o próprio paciente.

Deve-se identificar, para se saber contra quem impetrá-lo, qual a autoridade coatora. Competente será a autoridade imediatamente superior à coatora.

As hipóteses de cabimento do *habeas corpus* estão contempladas no art. 648 do Código de Processo Penal. Trata-se de rol meramente exemplificativo.

No mais, o remédio constitucional pode ser liberatório ou preventivo.

Resolução da peça prático-profissional – modelo de *HABEAS CORPUS*

início da peça

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF.

[deixe espaço de aproximadamente 10 cm, para eventual despacho ou decisão do juiz]

Nome ..., advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil ..., seção ..., com escritório no Setor Noroeste, Edifício Modern Hall, salas 110/112, nesta capital, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência impetrar, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da CF e art. 648, VII, do CPP, a presente ordem de HABEAS CORPUS, com pedido de liminar, em favor de Lilian da Silva, brasileira, solteira, do lar, residente e domiciliada na SQN 311, bl. X, ap. 702, nesta capital, pelas razões a seguir expostas:

1. DOS FATOS

A paciente foi presa em flagrante porque, em princípio, teria violado o art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

A prisão se deu em 1º de março do corrente ano, sendo a denúncia recebida no dia 3 seguinte.

Consta ainda que, após a prisão em flagrante, o valor correspondente ao débito foi integralmente recolhido em favor da Fazenda Pública, conforme consta do incluso comprovante de pagamento de tributo (doc. 1).

A paciente permanece presa até então.

2. DO DIREITO

Não bastasse o fato de a paciente ser primária, ter bons antecedentes, possuir residência fixa no distrito da culpa e cursar o 3º ano do ensino médio (doc. 2), o que, por si só, já seria motivo bastante a justificar sua soltura para responder ao processo em liberdade, o fato é que a quitação do débito constitui causa de extinção da punibilidade, não se justificando o prosseguimento da ação penal, que deve, por isso mesmo, ser trancada.

Com efeito, o pagamento do valor devido a título de tributo, que poderá ser feito, a teor do art. 34 da Lei 9.249/1995, até o recebimento da denúncia, tem o condão de extinguir a punibilidade, com o consequente trancamento da ação penal instaurada.

Dessa forma, outra consequência não poderia ensejar, *in casu*, o pagamento, realizado na íntegra e devidamente comprovado, senão o trancamento da presente ação penal instaurada em face da paciente.

3. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja concedida ordem de *habeas corpus*, liminarmente, em favor da paciente, uma vez que presentes a probabilidade de dano irreparável e a fumaça do bom direito, a fim de que seja relaxada a prisão e expedido o competente alvará de soltura.

Requer-se, outrossim, o regular processamento do feito com a ratificação da liminar concedida, decretando-se a extinção da punibilidade e o trancamento da ação penal.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Local ..., 7 de maio de 2006.

ADVOGADO

fim da peça

(OAB/Exame Unificado – 2006.3 – 2ª fase) Peça Prático-Profissional. 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, nº 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.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Terá lugar o pedido de relaxamento da prisão em flagrante sempre que houver um vício material (não era hipótese de flagrante – art. 302, CPP, por exemplo) ou formal (o auto não foi confeccionado como manda a lei – art. 304, CPP, por exemplo). Em se tratando de prisão corretamente levada a efeito, isto é, não sendo o caso de relaxar a prisão em flagrante por força de vício de ordem formal ou material, o juiz, logo que comunicado da detenção de alguém (art. 306, *caput*, CPP), deverá, tendo em conta as mudanças introduzidas no art. 310 do CPP pela Lei 12.403/11, proceder a um acurado exame da conveniência e necessidade em se manter o indiciado preso. No regime anterior, o juiz se limitava a chancelar a prisão em flagrante, que perdurava, muitas vezes, até o final da instrução, funcionando, como é consabido, como verdadeira prisão-pena (cumprimento antecipado de pena). Agora, nada obsta que o indiciado permaneça encarcerado, mas, para tanto, o juiz deverá analisar o caso à luz dos requisitos do art. 312 do CPP e, uma vez presentes, converter a prisão em flagrante em custódia preventiva. Mais: esta somente terá lugar, a teor dos arts. 282, § 6º, e 310, II, do CPP, quando não for possível substituí-la por outra medida cautelar (caráter subsidiário da prisão processual). Voltando ao art. 310, poderá ainda o juiz conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso II do dispositivo).

De se ver, de outro lado, que nada impede que, após o relaxamento da prisão em flagrante considerada ilegal, seja decretada a custódia preventiva ou temporária, desde que presentes os requisitos contemplados em lei.

O pedido (relaxamento da prisão ilegal com a expedição do alvará de soltura) deve ser dirigido ao juiz de primeira instância.

Se o juiz, depois de recebido o pedido de relaxamento da prisão em flagrante, acatar o pleito, pode a parte contrária ingressar com recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, V, do CPP; se o magistrado, no entanto, indeferir o pedido, não cabe recurso. Restará aqui à defesa impetrar *habeas corpus*.

Resolução da peça prático-profissional – modelo de RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

início da peça

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ___ Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro-RJ.

[deixe espaço de aproximadamente 10 cm, para eventual despacho ou decisão do juiz]

Tiago, brasileiro, solteiro, bancário, portador da cédula de identidade nº ..., inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda sob o nº ..., residente e domiciliado na Rua Machado de Assis, nº 167, nesta capital e comarca, por seu advogado infra-assinado, conforme procuração anexa, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência requerer o RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, com fundamento no art. 5º, LXV, da Constituição Federal, pelos seguintes motivos:

1. DOS FATOS

O indiciado foi preso em flagrante no dia 4 de novembro do corrente, sob a alegação de estar supostamente praticando o crime de tráfico de drogas.

Tal ocorreu porque sua ex-namorada, Maria José, indiciada em inquérito, no dia anterior, por tráfico de drogas, afirmou que o indiciado lhe fornecia entorpecentes.

Na ocasião de sua prisão, não foi encontrado com o indiciado qualquer objeto ou substância que o relacionasse ao tráfico de entorpecentes, mas a autoridade policial entendeu que, na hipótese, haveria flagrante impróprio, ou quase flagrante, porquanto se tratava de crime permanente.

Quando na unidade de Polícia Judiciária, o indiciado negou qualquer envolvimento com entorpecentes, bem assim afirmou que nunca registrou passagem pela polícia. Na mesma ocasião, afirmou que sempre trabalhou, tendo apresentado sua carteira de trabalho, e declarou possuir residência fixa. Ainda assim, lavrou-se o auto de prisão em flagrante.

2. DO DIREITO

Em verdade, não há que se falar em flagrante impróprio ou quase flagrante neste caso.

Para que ocorresse tal modalidade de prisão em flagrante, presente no art. 302, III, do Código de Processo Penal, necessário seria que o agente fosse perseguido logo após a infração, e preso. Não foi o que ocorreu.

Pelo contrário. Não existe sequer situação de flagrância. O indiciado foi preso porque sua ex-namorada, em interrogatório extrajudicial, fez menção ao fato de o mesmo ter-lhe fornecido substância entorpecente. Diante disso, deveria a autoridade policial proceder a investigações, apurar os fatos, reunir provas. Nada disso, no entanto, foi feito.

Nunca poderia ter efetuado a prisão da forma como fez, porque não existia situação de flagrante, sobretudo ao argumento de que houvera flagrante impróprio. Some-se a isso ainda o fato de a prisão ter ocorrido no dia seguinte à informação prestada pela ex-namorada do indiciado.

Ademais, com o indiciado não foi encontrado qualquer substância ou objeto que o ligasse com o delito de tráfico de drogas.

A prisão em flagrante é, em vista disso, intrinsecamente ilegal, devendo, pois, em vista do que estabelece o art. 310, I, do CPP, ser relaxada.

3. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência, afastada a hipótese de flagrância, determinar o relaxamento da prisão, colocando-se o indiciado em liberdade.

Termos em que, ouvido o digno representante do Ministério Público e expedindo-se o competente alvará de soltura, Pede deferimento.

Local, data ...

Advogado

fim da peça

(OAB/Exame Unificado – 2007.2 – 2ª fase) Peça Prático-Profissional. O Ministério Público ofereceu denúncia contra Pedro Antunes Rodrigues, por infração prevista no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, e art. 61, inciso II, alínea e, todos do Código Penal. Conforme a inicial acusatória, no dia 2 de novembro de 2006, por volta das 15 horas, na quadra 5, em via pública, na localidade de Planaltina – DF, o denunciado, fazendo uso de uma pistola, da marca Taurus, calibre 380, semiautomática, com capacidade para doze cartuchos, conforme laudo de exame em arma de fogo, efetuou um disparo contra seu irmão Alberto Antunes Rodrigues, na tentativa de matá-lo, causando-lhe lesões no peito, do lado esquerdo. O delito de homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo evitado porque a vítima recebeu pronto atendimento médico. O que motivou o fato, conforme a exordial, foi a divisão de uma área de terras oriunda de herança. Narra a denúncia que Pedro Antunes Rodrigues disse à vítima, na véspera dos fatos, que “a fazenda seria sua de qualquer jeito, nem que, para isso, tivesse que matar o próprio irmão”. Ao ser interrogado, o réu admitiu que teria dito ao seu irmão, um dia antes do crime, exatamente as palavras narradas na denúncia. Durante a instrução do feito, a acusação apresentou testemunhas não presenciais. A defesa, por seu turno, arrolou Catarina Andrade, que informou que, depois de efetuar um único disparo de arma de fogo contra a vítima, Pedro Antunes Rodrigues absteve-se, voluntariamente, de reiterar atos agressivos à integridade física da vítima e, ato contínuo, retirou-se, caminhando, do local onde ocorreram os fatos. Consta nos autos informação da polícia técnica de que na arma, apreendida imediatamente após o crime, havia 7 cartuchos intactos. E, ainda, que Pedro não possui antecedentes penais. Conforme o laudo de exame de corpo de delito (lesões corporais), a vítima foi