



XXVII EXAME DE ORDEM – COMENTÁRIOS DA PROVA

2ª fase - Direito Penal

Peça Profissional

O candidato deverá apresentar *CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO*, com fundamento no art. 600 do CPP, sendo o prazo legal de 8 (oito) dias, direcionando sua petição – *juízo a quo* - para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Maceió/Alagoas, mas requerendo o encaminhamento das contrarrazões (ou razões do apelado) – esta em peça própria - para apreciação da instância superior – *juízo ad quem* – ou seja, Tribunal de Justiça de Alagoas. Tanto na teoria quanto na prática quando se elabora uma peça de contrarrazões, o operador de direito deverá atacar ponto a ponto do que foi alegado pelo representante do *parquet*.

No caso apresentado, o MP apresentou as seguintes razões do recurso:

- 1) nulidade da instrução, porque o interrogatório não foi o primeiro ato, como prevê a Lei nº 11.343/06;
- 2) condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico, já que ele estaria agindo em comunhão de ações e desígnios com o adolescente no momento da prisão, e o Art. 35 da Lei nº 11.343/06 fala em “reiteradamente ou não”;
- 3) aumento da pena-base em relação ao crime de tráfico diante das consequências graves que vem causando para a saúde pública e a sociedade brasileira;
- 4) afastamento da atenuante da confissão, já que ela teria sido parcial;
- 5) afastamento da causa de diminuição do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, independentemente da condenação pelo crime do Art. 35 da Lei nº 11.343/06, considerando que o réu seria portador de maus antecedentes, já que responde a ação penal em que se imputa a prática do crime de furto;
- 6) aplicação do regime inicial fechado, diante da natureza hedionda do delito de tráfico;
- 7) afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da vedação legal do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Posto isto, o examinando deverá alegar, para que o réu não seja prejudicado:

- 1) *Ab initio*, não há que se falar em nulidade da instrução, pois, ainda que o Procedimento Próprio, previsto na Lei 11.343/06, em seu art. 57, preveja que o interrogatório seja primeiro ato, não há qualquer nulidade caso o interrogatório seja realizado como último ato; a um, pelo fato do próprio Código de Processo Penal ter sido alterado em 2008, passando o interrogatório como último ato, sendo que anteriormente era previsto como primeiro ato; a dois, doutrina e jurisprudência, de forma ampla e majoritária, entendem que deve ser sim o último ato, para a máxima do Contraditório e Ampla Defesa. Na esteira, para alegação de nulidade, deve-se demonstrar o efetivo prejuízo, no primeiro momento em que tiver oportunidade, ou seja, deveria o promotor externar tal alegação em sede de alegações finais e não apelação;
- 2) Quanto ao pedido de condenação por *Associação para o Tráfico*, tal sustentação é totalmente descabida, pois o entendimento amplamente pacificado, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, é que para caracterização da *Associação* é *imprescindível* que ficar demonstrada a vontade de permanecer associado, ainda no que pese a conduta descrita ser “reiteradamente ou não”, é o que se chama de *societas sceleris*, devendo o candidato requerer a ratificação da absolvição por este delito. Na

situação hipotética em tela, tanto Joao quanto Marcelo afirmam que se conheceram um dia antes da prisão em flagrante, o que assegura que não haveria intenção de estabilidade e permanência.

3) Com relação ao aumento da pena-base no que tange ao delito de tráfico, esta não deve prosperar, pois absurdamente alega o MP que o crime atinge a saúde pública; ora, trata-se do próprio bem jurídico tutelado, bem jurídico protegido, é exatamente o que atinge o crime de tráfico, tratando-se de claro *bis in idem*, caso o magistrado aumentasse a pena base por esta alegação;

4) Tratemos agora da confissão... A confissão é tida como atenuante genérica, prevista no art. 65, Inciso III, alínea “d” do Diploma Legal. A confissão, ainda que parcial ou a chamada qualificada, quando o agente confessa ter praticado o crime, porém estaria acobertado por alguma *justificante* (excludente de ilicitude, aquelas prevista no art. 23 do CP), deverá ser reconhecida pelo juiz, tanto é assim que o STJ editou a Súmula 545, prevendo que toda vez que a confissão for valorada pelo magistrado na sentença, deverá ser reconhecida a atenuante em comento. Na situação apresentada pela banca, ficou claro que o juiz valorizou o fato de o réu afirmar que o material seria destinado à mercancia;

5) Por fim, em suas 5ª, 6ª e 7ª teses de razões, alega o representante do MP Estadual que deveria ser afastada a diminuição de pena, em razão do réu ser portador de maus antecedentes; todavia, é possível extrair das informações apresentadas que o réu apenas responderia por ação penal de furto, mas sem qualquer condenação; posto isto, não há que se falar em maus antecedentes, sob pena de violação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, ainda que por aplicação análoga, pois o referido entendimento é que não pode ser considerado como maus antecedentes o simples fato de se responder a inquéritos policiais ou ações penais ainda em curso, sem qualquer condenação transitada em julgado, impossibilitando assim o aumento da pena-base. Em consequência, deveria ser mantido o regime inicial aberto, não somente em decorrência do entendimento do STF que o Tráfico-Privilegiado não é delito etiquetado como hediondo e, sendo assim, possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; mas, ainda que fosse assim considerado (crime hediondo), não haveria qualquer óbice em ser decretado o regime inicial aberto, sob pena de completa inconstitucionalidade por afronta ao princípio da individualização da pena.

Ex positis, deverá o examinando requerer a manutenção da sentença em seu inteiro teor, devendo o candidato datar sua peça do dia 13 de novembro de 2018, pois como já trazido logo no início desses comentários, o prazo fatal é de 8 dias, e como de *praxe*, o examinando deve sempre datar no último dia do prazo, que se inicia no dia seguinte após a intimação, que ocorreu no dia 05 de novembro de 2018, numa segunda-feira.

Bruno de Mello



Advogado criminalista e professor de Direito Penal em diversos cursinhos para concursos e graduação em faculdade (Faculdade Luís Eduardo na Bahia).

PROJETO GRAN OAB – GRAN CURSOS ONLINE