

**ANA CRISTINA MENDONÇA
CRISTIANE DUPRET**

PENAL

TEORIA E PRÁTICA

13^a | revista
edição | atualizada
ampliada



1^a e 2^a FASES

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Ao iniciarmos o estudo do Direito Penal teremos como base principal de análise o Código Penal. No entanto, ao tratar principalmente dos crimes em espécie, serão realizadas comparações com leis penais especiais, de forma que possa o leitor ter um conhecimento conglobado e direcionado para a prova da OAB, sendo abordados os temas mais recorrentes e cobrados ao longo dos Exames elaborados pela FGV.

Para iniciarmos o estudo da parte geral do Código Penal, focaremos inicialmente no conceito analítico de crime, um dos pontos mais explorados em diversas questões de Exames anteriores.

O crime é espécie do gênero infração penal. Vejamos:

1.1. Infração Penal

A infração penal é um gênero que se divide em crime e contravenção penal. Vejamos o que dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

Art. 1º Considera-se **crime** a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contravenção**, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

(Lei de Introdução ao Código Penal – **grifo nosso**)

De acordo com o artigo acima, a diferença está basicamente na pena. Em se tratando de penas privativas de liberdade, os crimes são punidos com reclusão ou detenção e, a contravenção penal com pena de prisão simples.

Há alguns anos, ao analisar o artigo 28 da Lei 11.343/06, notadamente a tese de eventual descriminalização da conduta do usuário, o STF entendeu que o artigo 1º. Da LICP é meramente exemplificativo. Ou seja, poderíamos ter, por exemplo, um crime punido com outra pena que não fosse reclusão, detenção ou multa. Naquela época, o STF entendeu que não teria ocorrido a descriminalização, mas tão somente a despenalização em relação à privação de liberdade do agente. Com isso, foi reconhecida à época a natureza de crime do artigo 28 da lei de drogas.

No entanto, cabe destacar a recente decisão do STF, que gerou o Tema 506 da repercussão geral:

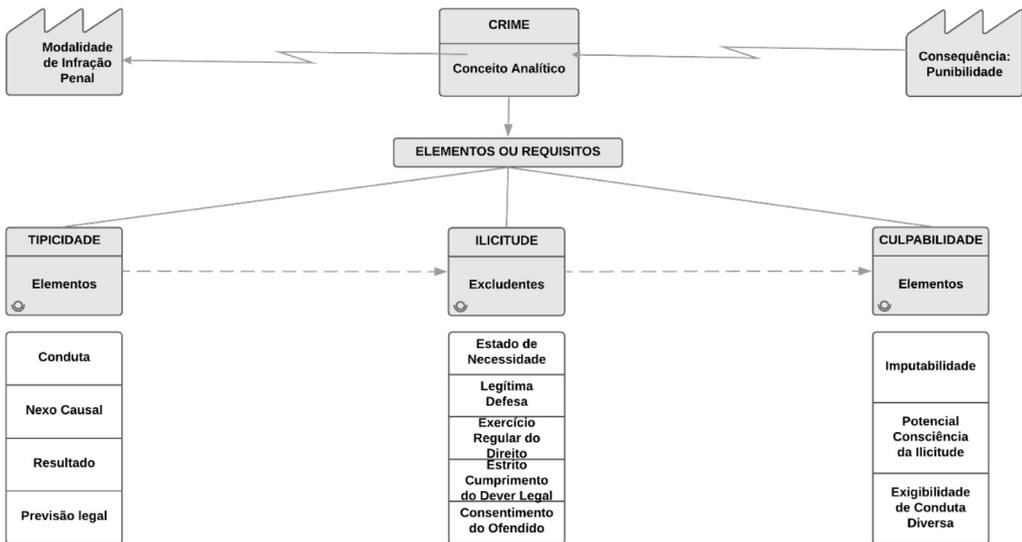
1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *Cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);
2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;
3. Em se tratando da posse de *Cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da

Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *Cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

Passemos à análise de uma das modalidades de infração penal: O crime. Nos debruçaremos sobre o seu conceito analítico ou estratificado. Ou seja, analisaremos os chamados requisitos ou elementos do conceito de crime: Tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

1.2. Conceito analítico de crime (ou estratificado de crime)

O conceito analítico de crime compreende a estrutura do delito. Quer se dizer que crime é composto por fato típico, ilícito e culpável. Com isso, podemos afirmar que majoritariamente o conceito de crime é tripartite e envolve a análise destes três elementos.



Dentro do fato típico é preciso analisar a conduta; nexos causal; resultado e se há previsão legal. Na ilicitude será verificado se o agente não atuou em: legítima defesa; estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal; exercício regular do direito ou consentimento do ofendido.

Processual Penal

1. DA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

1.1. Aplicação da lei processual penal no espaço

De acordo com o art. 1º do CPP, a lei processual penal aplica-se a todas as infrações penais praticadas em território brasileiro, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de Direito Internacional, apresentando os incisos I a V daquele mesmo artigo as exceções à aplicabilidade do CPP.

Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);

III - os processos da competência da Justiça Militar;

IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17);

V - os processos por crimes de imprensa.¹

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

Podemos, portanto, afirmar que no Processo Penal brasileiro vigora o princípio da territorialidade absoluta, segundo o qual se impõe a *lex fori ou locus regit actum*, devendo a lei processual penal brasileira ser aplicada aos processos criminais em curso no território nacional.

Falamos em territorialidade absoluta porquanto difere-se o Processo Penal do Direito Penal, já que quanto a este último diz aplicável a territorialidade temperada, pois, como bem observado no item 4.1 (Parte 1) deste livro, há hipóteses em que aplicável, no Direito Penal, o critério da extraterritorialidade, alcançando a lei penal material fatos praticados fora do território nacional.

Para exemplificar o que caracteriza, no Processo Penal, o princípio da territorialidade absoluta, imagine em um processo criminal em curso no Brasil, ao qual, por óbvio e em função do art. 1º. do CPP, aplicam-se as regras processuais penais brasileiras, surja a necessidade da prática de um ato em território estrangeiro, como, p.ex., a oitiva de uma testemunha que resida no exterior. Neste caso, o juiz processante irá expedir uma carta rogatória a ser cumprida no país dito rogado. Neste caso, embora o referido ato decorra de processo brasileiro, as normas processuais aplicáveis ao seu cumprimento no exterior serão as daquele país, e não as normas do nosso CPP.

O mesmo ocorre na hipótese contrária: se um processo em curso no exterior depender de carta rogatória a ser cumprida no Brasil, as regras aplicáveis ao seu cumprimento serão as normas processuais brasileiras.

O princípio da territorialidade absoluta resulta da própria soberania estatal.

¹ A Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) foi, através da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF no. 130, declarada suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

A ideia fundamental deste sistema é a de que o julgador é o único gestor das provas, i.e., o juiz era quem produzia e conduzia as provas, contudo, não havia liberdade probatória, ao contrário, o sistema era o da “prova legal e tarifada”¹⁹.

Resumindo, o sistema inquisitivo possui as seguintes características:

SISTEMA INQUISITIVO	
	CARACTERÍSTICAS Processo linear Juiz concentra as 3 funções processuais Réu destituído de direitos Escrito e sigiloso Verdade real Prova legal e tarifada

O juiz, gestor da prova, busca a prova para confirmar o que pensa (subjetivismo) sobre o fato (ideia pré-concebida), onde as provas colhidas são utilizadas apenas para comprovar seu pensamento (verdade real). Para tanto, utiliza-se do sistema da prova legal e tarifada, dentro do qual a confissão do réu era considerada a “rainha das provas”, de valor absoluto e incontestável, ainda que houvesse sido obtida mediante tortura ou outro meio cruel.

O fim da Santa Inquisição é possível com o surgimento do Iluminismo, durante o qual ressurge a noção de que as funções do processo deveriam permanecer nas mãos de três entes distintos na relação processual penal, mas se busca, com o surgimento do *Publicum Ministerium*, evitar a acusação privada e o retorno aos moldes de um **sistema acusatório**.

Na atualidade, e à luz do sistema constitucional vigente, pode-se afirmar que o modelo processual acusatório possui as seguintes características:

SISTEMA ACUSATÓRIO MODERNO (PÚBLICO)	
	CARACTERÍSTICAS Processo triangular (processo de partes) Juiz inerte e imparcialidade Igualdade de partes Contraditório e ampla defesa Liberdade dos meios de prova Publicidade Oralidade e concentração Livre convencimento motivado ou persuasão racional

19. O sistema da prova legal e tarifada é também chamado de sistema da certeza moral do legislador, da verdade legal ou formal ou tarifado. Neste sistema, o juiz não pode apreciar a prova de acordo com seu convencimento, estando limitado ao valor atribuído à cada prova pela lei. Não há liberdade de apreciação. A lei pré-definida que prova pode e deve ser produzida e qual o seu valor probante.

1. DOS MOMENTOS PROCESSUAIS E PETIÇÕES CABÍVEIS

Uma das maiores dúvidas daqueles que se preparam para o Exame de Ordem está em saber se seriam muitas as peças prático-profissionais a serem estudadas, bem como na identificação do momento oportuno para cada uma delas.

A resposta para a primeira pergunta é bem simples: Não! As peças processuais penais são relativamente simples quando comparadas àquelas dos outros ramos do direito, e se dividem em basicamente DOIS GRUPOS:

GRUPO 1 (Petições simples):

- as petições iniciais (denúncia – que não será cobrada na prova da OAB, por ser uma peça exclusiva do Ministério Público; a queixa-crime; as iniciais do Habeas Corpus, do Mandado de Segurança e da Revisão Criminal);
- as peças de liberdade (Relaxamento de Prisão; Liberdade provisória; Revogação da preventiva);
- as peças de defesa (Resposta à acusação e Defesas prévias; Memoriais e Exceções);

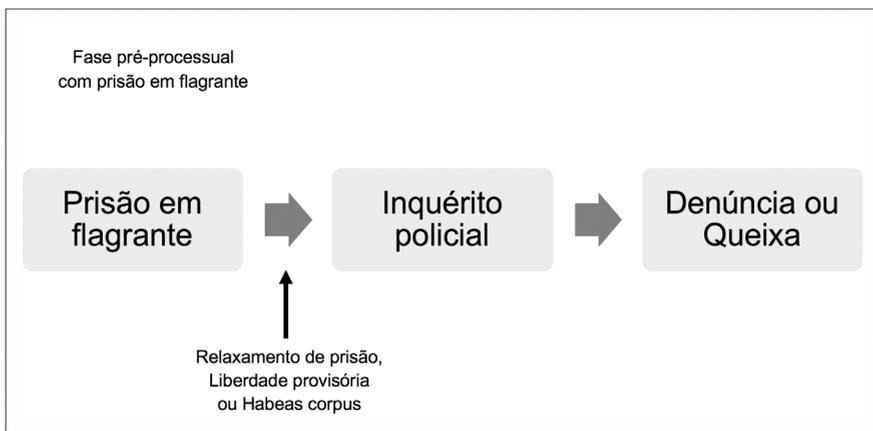
GRUPO 2 (Petições bipartidas):

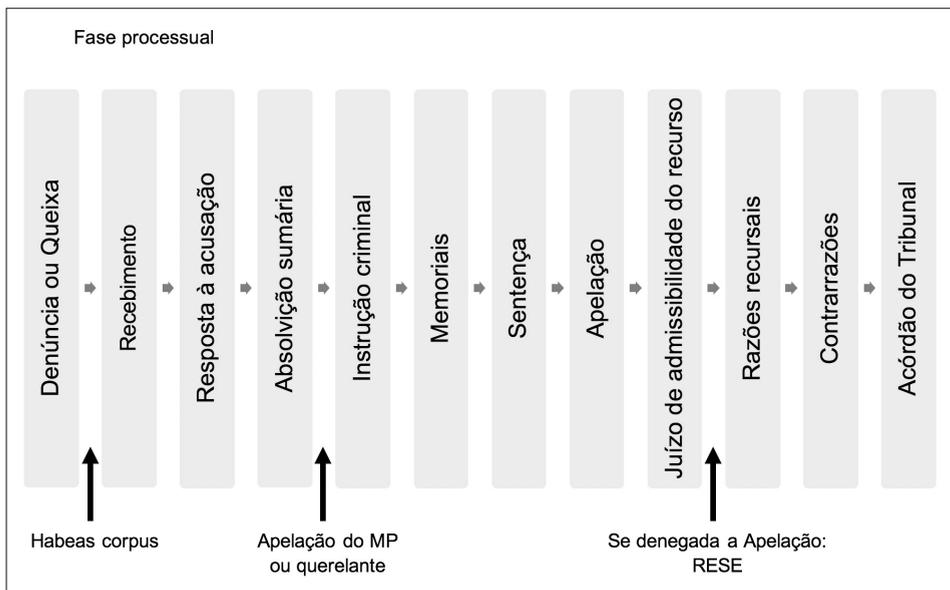
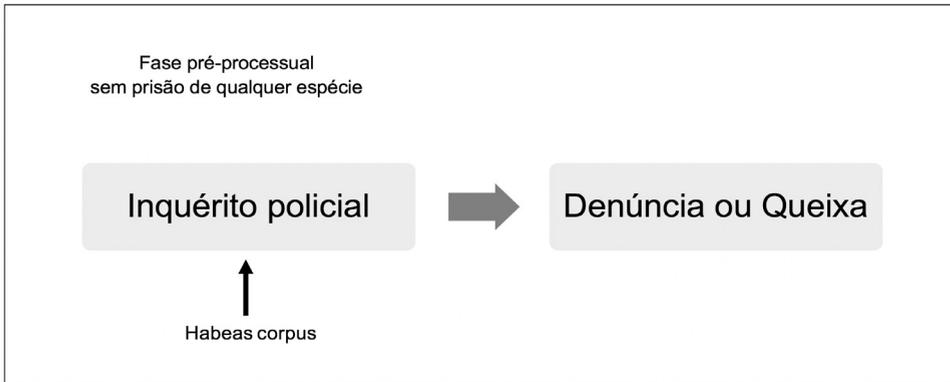
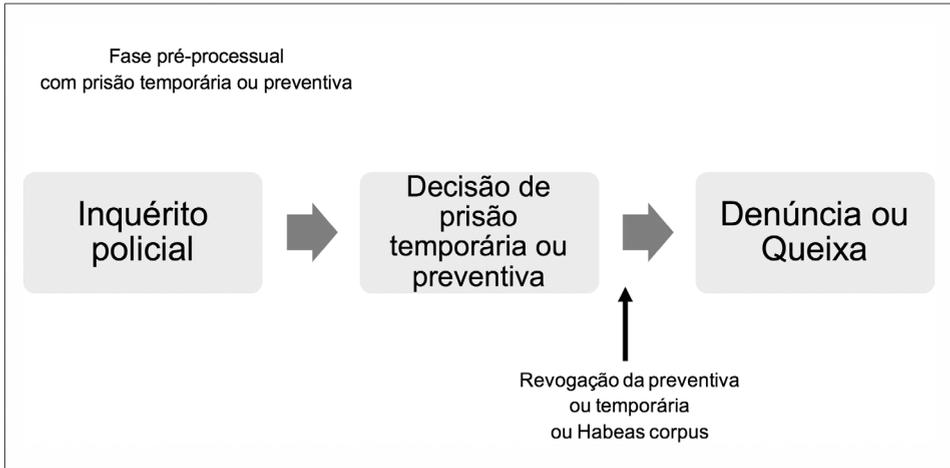
- os recursos.

O interessante no processo penal é que se você sabe elaborar uma de cada uma dessas peças, você provavelmente saberá elaborar todas as outras, sendo apenas necessário que você consiga identificar o momento oportuno e a fundamentação de cada petição, o que, por certo, será fácil se você estiver de posse de um bom Vade Mecum e estiver acostumado a manuseá-lo.

Assim, para facilitar o início de nossos estudos acerca das peças prático-profissionais, elaboramos os esquemas abaixo, que poderão ser por você utilizados para compreender a ordem genérica dos atos e o momento em que as peças se encaixam.

No capítulo a seguir aprenderemos sobre a estrutura básica das peças.





Parte IV
Últimos exames:
Peças
Prático-Profissionais

FGV - XXIV EXAME DE ORDEM UNIFICADO - DIREITO PENAL - PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

21/01/2018

PEÇA PRÁTICO-PROFISSIONAL

Lucas, 22 anos, foi denunciado e condenado, definitivamente, pela prática de crime de associação para o tráfico, previsto no Art. 35 da Lei nº 11.343/06, sendo, em razão das circunstâncias do crime, aplicada a pena de 06 anos de reclusão em regime inicial semiaberto, entendendo o juiz de conhecimento que o crime não seria hediondo, não tendo sido reconhecida a presença de qualquer agravante ou atenuante. No mês seguinte, após o início do cumprimento da pena, Lucas vem a sofrer nova condenação definitiva, dessa vez pela prática de crime de ameaça anterior ao de associação, sendo-lhe aplicada exclusivamente a pena de multa, razão pela qual não foi determinada a regressão de regime. Após cumprir 01 ano da pena aplicada pelo crime de associação, o defensor público que defende os interesses de Lucas apresenta requerimento de progressão de regime, destacando que o apenado não sofreu qualquer sanção disciplinar. O magistrado em atuação perante a Vara de Execução Penal da Comarca de Belo Horizonte/MG, órgão competente, indefere o pedido de progressão, sob os seguintes fundamentos: a) o crime de associação para o tráfico, no entender do magistrado, é crime hediondo, tanto que o livramento condicional somente poderá ser deferido após o cumprimento de 2/3 da pena aplicada; b) o apenado é reincidente, diante da nova condenação pela prática de crime de ameaça; c) o requisito objetivo para a progressão de regime seria o cumprimento de 3/5 da pena aplicada e, caso ele não fosse reincidente, seria de 2/5, períodos esses ainda não ultrapassados; d) em relação ao requisito subjetivo, é indispensável a realização de exame criminológico, diante da gravidade dos crimes de associação para o tráfico em geral. Ao tomar conhecimento, de maneira informal, da decisão do magistrado, a família de Lucas procura você, na condição de advogado(a), para a adoção das medidas cabíveis. Após constituição nos autos, a defesa técnica é intimada da decisão de indeferimento do pedido de progressão de regime em 24 de novembro de 2017, sexta-feira, sendo certo que, de segunda a sexta-feira da semana seguinte, todos os dias são úteis em todo o território nacional. Considerando apenas as informações narradas, na condição de advogado(a) de Lucas, 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. (Valor: 5,00)

Obs.: a peça processual 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.

após condenação anterior, com trânsito em julgado, pela prática de delito pretérito. Assim, não há que se falar em reincidência na hipótese.

Exatamente em razão da natureza não hedionda do crime e da ausência de reincidência, o requisito objetivo para Lucas fazer jus à progressão de regime é o cumprimento de 1/6 da pena, período esse já atendido pelo apenado, que cumpriu em regime semiaberto mais de 01 ano de uma sanção penal de 06 anos.

Por fim, deveria o examinando rebater o argumento do magistrado em relação ao requisito subjetivo, que, segundo a decisão questionada, exigiria a realização de exame criminológico. Desde a Lei nº 10.792/03 que não mais existe obrigatoriedade da realização de exame criminológico para obtenção de progressão de regime, bastando o atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. Certo é que não existe vedação à requisição de realização de exame criminológico para análise de eventual progressão de regime ou livramento condicional. Todavia, a justificativa para tal requerimento deverá ser embasada em fundamentos sólidos de acordo com o caso concreto, não bastando a mera alegação da gravidade em abstrato do delito. Assim, a fundamentação utilizada pelo magistrado a quo não foi idônea, nos termos do Enunciado 439 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Enunciado 26 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF). Na conclusão, deveria o examinando apresentar pedido de conhecimento e provimento do recurso, com requerimento de progressão de regime. Cabe destacar que esse não seria o posicionamento atual, tendo em vista que a Lei 14.843, de 2024, passou a exigir o exame criminológico para fins de progressão de regime.

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 24 de novembro de 2017, sexta-feira, o prazo somente teve início em 27 de novembro de 2017, findando em 01 de dezembro de 2017.

O examinando deveria, ainda, concluir sua peça com local, data, advogado e número de OAB.

Distribuição dos pontos

ITEM	PONTUAÇÃO
PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO	
1) Endereçamento: Juízo da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte/MG (0,10)	0,00/0,10
2) Fundamento legal: Art. 197 da Lei nº 7.210/84 (0,10)	0,00/0,10
3) Pedido de retratação pelo juízo <i>a quo</i> (0,30)	0,00/0,30
RAZÕES DE RECURSO	
4) Endereçamento: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (0,10)	0,00/0,10
5) Possibilidade de concessão de progressão do regime, tendo em vista que a decisão do magistrado foi equivocada (0,30)	0,00/0,30
6) O crime de associação para o tráfico não pode ser considerado crime hediondo ou equiparado (0,60).	0,00/0,60
7) O afastamento da hediondez decorre da não previsão do crime de associação no rol trazido pela Lei nº 8.072/90 OU o crime não é hediondo por não se confundir com crime de tráfico, sendo proibida analogia <i>in malam partem</i> OU em razão de o próprio magistrado do conhecimento ter afastado a hediondez do delito (0,35)	0,00/0,35