

Tabela de Correspondência de Questões:

TIPO 1	TIPO 2	TIPO 3	TIPO 4
59	62	52	16
60	63	53	17
61	64	54	18
62	59	55	19
63	60	56	20
64	61	57	21

COMENTÁRIOS À PROVA DE DIREITO PENAL DA OAB

Questão 59

A Delegacia Especializada de Crimes Tributários recebeu informações de órgãos competentes de que o sócio Mário, da sociedade empresária “Vamos que vamos”, possivelmente sonegou imposto estadual, gerando um prejuízo aos cofres do Estado avaliado em R\$ 60.000,00. Foi instaurado, então, inquérito policial para apurar os fatos. Ao mesmo tempo, foi iniciado procedimento administrativo, não havendo, até o momento, lançamento definitivo do crédito tributário. O inquérito policial foi encaminhado ao Ministério Público, que ofereceu denúncia em face de Mário, imputando-lhe a prática do crime previsto no Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Diante da situação narrada, assinale a afirmativa correta.

- A) Não se tipifica o crime imputado ao acusado antes do lançamento definitivo.
- B) Em razão da independência de instância, o lançamento definitivo é irrelevante para configuração da infração penal.
- C) O crime imputado a Mário é de natureza formal, consumando-se no momento da omissão de informação com o objetivo de reduzir tributo, ainda que a redução efetivamente não ocorra.
- D) O crime imputado a Mário é classificado como próprio, de modo que é necessária a presença de ao menos um funcionário público como autor ou partícipe do delito.

Comentários:

- A) CORRETA. Essa assertiva está de acordo com a Súmula Vinculante 24 do STF, transcrita a seguir: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”. Doutrina e jurisprudência ensinam que o exaurimento da via administrativa é considerado uma condição objetiva de punibilidade para os crimes materiais contra a ordem tributária, sendo este o caso do art. 1º da Lei 8.137/90. Nesse mesmo sentido, vide o art. 83 da Lei 9.430/96.
- B) ERRADA. Vide comentários à letra A.
- C) ERRADA. O crime imputado a Mário é de natureza material, consumando-se com a efetiva supressão ou redução do tributo devido, gerando prejuízo ao Estado.
- D) ERRADA. Crime próprio é aquele crime exige uma qualidade especial do sujeito ativo, isto é, exige uma situação fática ou jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo. O art. 1º da Lei 8.137/90 é crime próprio, pois somente pode ser praticado pela pessoa indicada por lei como contribuinte. Assim, o erro da assertiva está no fundamento apresentado para a classificação do tipo penal como crime próprio: o sujeito ativo não precisa ser um funcionário público, mas sim o contribuinte do tributo devido.

Questão 60

Acreditando estar grávida, Pâmela, 18 anos, desesperada porque ainda morava com os pais e eles sequer a deixavam namorar, utilizando um instrumento próprio, procura eliminar o feto sozinha no banheiro de sua

casa, vindo a sofrer, em razão de tal comportamento, lesão corporal de natureza grave. Encaminhada ao hospital para atendimento médico, fica constatado que, na verdade, ela não se achava e nunca esteve grávida. O Hospital, todavia, é obrigado a noticiário fato à autoridade policial, tendo em vista que a jovem de 18 anos chegou ao local em situação suspeita, lesionada. Diante disso, foi instaurado procedimento administrativo investigatório próprio e, com o recebimento dos autos, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Pâmela pela prática do crime de “aborto provocado pela gestante”, qualificado pelo resultado de lesão corporal grave, nos termos dos Art. 124 c/c o Art. 127, ambos do Código Penal.

Diante da situação narrada, assinale a opção que apresenta a alegação do advogado de Pâmela.

A) A atipicidade de sua conduta.

B) O afastamento da qualificadora, tendo em vista que esta somente pode ser aplicada aos crimes de aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, mas não para o delito de autoaborto de Pâmela.

C) A desclassificação para o crime de lesão corporal grave, afastando a condenação pelo aborto.

D) O reconhecimento da tentativa do crime de aborto qualificado pelo resultado.

Comentários:

A) CORRETA. A conduta de Pâmela caracteriza fato atípico. Em relação ao crime de auto-aborto imputado (art. 124, CP), a questão narra a ocorrência de crime impossível: se Pâmela não estava grávida o crime jamais se consumaria, diante da inexistência do objeto material do delito (vida intrauterina). Aplica-se o disposto no art. 17 do CP. Em relação à qualificadora imputada (art. 127, CP), a sua aplicação caracterizaria flagrante violação à lei, já que o próprio art. 127 do CP determina que a qualificadora deve ser aplicada exclusivamente à hipótese de aborto provocado por terceiro: “Art. 127. As penas cominadas **nos dois artigos anteriores** são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”. Referida qualificadora, de fato, não poderia ser aplicada ao crime de auto-aborto (art. 124, CP), sob pena de violação ao princípio da lesividade, mais especificamente ao princípio da alteridade, segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bem jurídico de terceiro.

B) ERRADA. Realmente a qualificadora deve ser afastada, conforme explicado acima. A assertiva só está errada, porque está incompleta. Pâmela não deve responder por auto-aborto qualificado, assim como não deve responder por auto-aborto na modalidade simples. Na verdade, não deve responder por crime nenhum.

C) ERRADA. A responsabilização de Pâmela pelo delito de lesão corporal grave (art. 129, §§ 1º ou 2º, CP) violaria o princípio da ofensividade, mais especificamente ao princípio da alteridade, segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bem jurídico de terceiro, afinal somente a sua saúde/ integridade física foi lesionada, não ocorreu lesão a bem jurídico de terceiro.

D) ERRADA. Pâmela não pode ser punida por tentativa de aborto, pois o caso é de crime impossível por absoluta imprópriedade do objeto (art. 17, CP).

Questão 61

Mariano, 59 anos de idade, possuía em sua residência 302 vídeos e fotografias com cenas de sexo explícito envolvendo adolescentes. Descobertos os fatos, foi denunciado pela prática de 302 crimes do Art. 241-B da Lei nº 8.069/90 (“Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”), em

concurso material, sendo descrito que possuía o material proibido. Os adolescentes das imagens não foram localizados. Encerrada a instrução e confirmados os fatos, o Ministério Público pugnou pela condenação nos termos da denúncia. Em sede de alegações finais, diante da confissão do acusado e sendo a prova inquestionável, sob o ponto de vista técnico, o advogado de Mariano deverá pleitear

- A) a absolvição de Mariano, tendo em vista que ele não participava de nenhuma das cenas de sexo explícito envolvendo adolescente.
- B) o reconhecimento de crime único do Art. 241-B da Lei nº 8.069/90.
- C) o reconhecimento do concurso formal de crimes entre os 302 delitos praticados.
- D) a extinção da punibilidade do acusado, em razão do desinteresse dos adolescentes em ver Mariano processado.

Comentários:

A) ERRADA. Não se faz necessária a participação nas cenas de sexo explícito para que o agente seja responsabilizado pelo art. 241-B do ECA. Estará incurso no referido tipo penal aquele que pratica qualquer uma das condutas previstas no preceito primário da norma penal incriminadora, isto é, aquele que adquire, possui ou armazena, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica que envolva criança ou adolescente. O agente que contrabanda em cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes deve ser responsabilizado nos termos do art. 240, §1º, in fine, do ECA.

B) CORRETA. O crime do art. 241-B do ECA protege a formação moral de crianças e adolescentes, sendo que basta a prática de qualquer dos verbos previstos no núcleo do tipo (*adquirir, possuir ou armazenar* material contendo pedofilia) para a consumação do delito. Assim, independentemente de o agente possuir pequena, média ou grande quantidade de material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, o crime será único quando praticado no mesmo contexto fático. Percebam que o material contendo pedofilia é o OBJETO MATERIAL do tipo penal em questão e não é critério definidor da quantidade de crimes cometidos pelo agente.

Ressalte-se, inclusive, que o legislador previu uma causa de diminuição de pena quando o material contendo a pornografia infantil for de pequena quantidade (art. 241-B, §1º, ECA), em outras palavras, o juiz deve considerar as peculiaridades do caso concreto para definir se aplica ou não essa minorante, lembrando que da própria redação do artigo de lei infere-se a possibilidade de aplicação de uma causa de diminuição da pena àquele agente que possui mais de um meio (fotografia, vídeo ou outra forma de registro) contendo pedofilia, desde que em pequena quantidade. Para ficar claro imaginemos uma situação hipotética: Tício possui x material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes e Mévio possui 2x material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes. Isso quer dizer que Tício praticou uma vez o art. 241-B do ECA, enquanto Mévio praticou duas vezes o referido crime? Não. Se a conduta de possuir material contendo pedofilia foi praticada em um único contexto, isso quer dizer que praticaram, cada qual, crime único. A quantidade de material apreendido com o agente vai interferir na dosimetria da pena, sendo que se o juiz considerar que Tício tem pequena quantidade de material contendo pedofilia, terá direito à diminuição da pena do §1º do art. 241-B do ECA.

- C) ERRADA. Não há falar em concurso de crimes, pois o caso é de crime único.
- D) ERRADA. O crime do art. 241-B do ECA não exige a representação do ofendido para que a persecução penal seja deflagrada, em outras palavras, não se exige a manifestação de vontade dos adolescentes para o Estado investigar e punir os supostos autores do fato criminoso, já que se trata de crime de ação penal pública incondicionada (art. 227 do ECA).

Questão 62

No dia 15 de abril de 2011, João, nascido em 18 de maio de 1991, foi preso em flagrante pela prática do crime de furto simples, sendo, em seguida, concedida liberdade provisória. A denúncia somente foi oferecida e recebida em 18 de abril de 2014, ocasião em que o juiz designou o dia 18 de junho de 2014 para a realização da audiência especial de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público. A proposta foi aceita pelo acusado e pela defesa técnica, iniciando-se o período de prova naquele mesmo dia. Três meses depois, não tendo o acusado cumprido as condições estabelecidas, a suspensão foi revogada, o que ocorreu em decisão datada de 03 de outubro de 2014. Ao final da fase instrutória, a pretensão punitiva foi acolhida, sendo aplicada ao acusado a pena de 01 ano de reclusão em regime aberto, substituída por restritiva de direitos. A sentença condenatória foi publicada em 19 de maio de 2016, tendo transitado em julgado para a acusação. Intimado da decisão respectiva, João procura você, na condição de advogado(a), para saber sobre eventual prescrição, pois tomou conhecimento de que a pena de 01 ano, em tese, prescreve em 04 anos, mas que, no caso concreto, por força da menoridade relativa, deve o prazo ser reduzido de metade. Diante desse quadro, você, como advogado(a), deverá esclarecer que

- A) ocorreu a prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.
- B) ocorreu a prescrição da pretensão punitiva entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória.
- C) ocorreu a prescrição da pretensão executória entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória.
- D) não há que se falar em prescrição, no caso apresentado.

Comentários:

- A) ERRADA. Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, pois, para os crimes ocorridos após 06/05/2010, a prescrição, na modalidade retroativa, só pode ser calculada entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença penal condenatória, não podendo ser calculada entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (art. 110, §1º, CP). Quanto à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade propriamente dita, não transcorreu o prazo prescricional considerando a pena máxima cominada ao delito de furto (art. 109, IV c/c art. 115, ambos do CP).
- B) ERRADA. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença penal condenatória tendo em vista que ocorreu uma causa suspensiva (também chamada de causa impeditiva da prescrição), prevista no art. 89, §6º, da Lei 9.099/95. E o prazo prescricional só voltou a correr no dia em que o juiz de direito revogou o *sursis* processual (03/10/2014). Considerando os dois meses transcorridos antes da causa impeditiva da prescrição e o lapso temporal transcorrido após a sua revogação, não completaram os dois anos para o reconhecimento da prescrição retroativa.
- C) ERRADA. Não há falar em prescrição da pretensão executória, que tem como pressuposto o trânsito em julgado para ambas as partes e como termo inicial a data do trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP).
- D) CORRETA.

Questão 63

Tony, a pedido de um colega, está transportando uma caixa com cápsulas que acredita ser de remédios, sem ter conhecimento que estas, na verdade, continham Cloridrato de Cocaína em seu interior. Por outro lado, José transporta em seu veículo 50g de Cannabis Sativa L. (maconha), pois acreditava que poderia ter pequena quantidade do material em sua posse para fins medicinais. Ambos foram abordados por policiais e, diante da apreensão das drogas, denunciados pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. Considerando apenas as informações narradas, o advogado de Tony e José deverá alegar em favor dos clientes, respectivamente, a ocorrência de

- A) erro de tipo, nos dois casos.
- B) erro de proibição, nos dois casos.
- C) erro de tipo e erro de proibição.
- D) erro de proibição e erro de tipo.

Comentários:

- A) ERRADA. Vide comentários à letra C.
- B) ERRADA. Vide comentários à letra C.
- C) CORRETA. Tony incorreu em erro de tipo essencial, previsto no art. 20, caput, do Código Penal, já que tinha a equivocada compreensão da realidade e desconhecia uma das elementares do crime de tráfico de drogas, qual seja, “drogas”. Em outras palavras, não compreendia a realidade como ela era e, por isso, achava que transportava medicamentos quando, na verdade, transportava drogas. Por outro lado, José sabia exatamente o que transportava (drogas), mas desconhecia o caráter reprovável da conduta que praticou, isto é, achava que sua conduta era permitida pelo Direito, quando, na verdade, ela era proibida. O caso é, portanto, de erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal.
- D) ERRADA. Vide comentários à letra C.

Questão 64

Gilson, 35 anos, juntamente com seu filho Rafael, de 15 anos, em dificuldades financeiras, iniciaram atos para a subtração de um veículo automotor. Gilson portava arma de fogo e, quando a vítima tentou empreender fuga, ele efetuou disparos contra ela, a fim de conseguir subtrair o carro. O episódio levou o proprietário do automóvel a falecer. Apesar disso, os agentes não levaram o veículo, já que outras pessoas que estavam no local chamaram a Polícia. Descobertos os fatos, Gilson é denunciado pelo crime de latrocínio consumado e corrupção de menores em concurso formal, sendo ao final da instrução, após confessar os fatos, condenado à pena mínima de 20 anos pelo crime do Art. 157, § 3º, do Código Penal, e à pena mínima de 01 ano pelo delito de corrupção de menores, não havendo reconhecimento de quaisquer agravantes ou atenuantes. Reconhecido, porém, o concurso formal de crimes, ao invés de as penas serem somadas, a pena mais grave foi aumentada de 1/6, resultando em um total de 23 anos e 04 meses de reclusão.

Considerando a situação narrada, o advogado de Gilson poderia pleitear, observando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em sede de recurso de apelação,

- A) a aplicação da regra do cúmulo material em detrimento da exasperação, pelo concurso formal de crimes.
- B) a aplicação da pena intermediária abaixo do mínimo legal, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.
- C) o reconhecimento da modalidade tentada do latrocínio, já que o veículo automotor não foi subtraído.
- D) o afastamento da condenação por corrupção de menor, pela natureza material do delito.

Comentários:

A) CORRETA. Mediante uma única conduta, Gilson praticou mais de um crime, quais sejam, latrocínio (art. 157, §3º, CP) e corrupção de menores (art. 244-B do ECA). Considerando que mediante uma única conduta dolosa, o agente praticou dois crimes, com desígnios autônomos em relação a cada um deles, deve responder pela parte final do art. 70 do CP, ou seja, deve responder conforme a regra do cúmulo material de penas, estabelecida para o concurso formal impróprio. Ainda que assim não fosse, não poderia ser aplicado o sistema da exasperação de penas, previsto para o concurso formal próprio (art. 70, 1ª parte, CP), tendo em vista a regra do cúmulo material benéfico, estabelecida no art. 70, parágrafo único, do CP.

B) ERRADA. Vide Súmula 231 do STJ.

C) ERRADA. Vide Súmula 610 do STF.

D) ERRADA. Vide Súmula 500 do STJ.

Raissa Paiva