

A Toda Prova: Resolução da prova do 27º Concurso do MPF (parte 7)

Segundo os adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo, deve o mesmo ser apreendido de maneira total, inserindo-se, pois, as causas de justificação (Prova objetiva do 27º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República).

Spacca

Encerraremos a resolução da prova objetiva do 27º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República abordando as questões alusivas às disciplinas *Direito Penal e Direito Processual Penal*. A alternativa *b* da de número 91 foi extraída do *Curso* do examinador, mais precisamente do capítulo em que exposta a teoria social da conduta: “o comportamento humano pode consistir no exercício da atividade final (comissão dolosa); pode restringir-se a causação involutária de consequências relevantes (comissão culposa); ou pode manifestar-se através da inatividade frente a uma determinada expectativa de ação (omissão). De toda sorte, há de verificar a presença de uma unidade de sentido social”^[1].



É incorreto afirmar, na questão de número 92, que o momento consumativo dos crimes de sonegação, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990, depende da conformação do elemento normativo do tipo que, por sua vez, somente ocorre com o lançamento definitivo do tributo, consoante construção pretoriana consolidada no verbete vinculante 24, da Súmula do Supremo. Como se sabe, o enunciado diz respeito à tipificação dos incisos I a IV do artigo 1º da Lei 8.137/90. O tipo penal previsto no artigo 2º, inciso I, por outro lado, “é crime formal e, portanto, independe da consumação do resultado naturalístico correspondente à auferição de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. Dispensável, por conseguinte, a conclusão de procedimento administrativo para configurar a justa causa legitimadora da persecução” (STF ED-RHC 90.532).

Na questão 93, Artur Gueiros e Carlos Japiassú explicam que a teoria dos elementos negativos do tipo “conclui que as causas de justificação são elementos negativos do tipo, pois sua presença positiva no caso concreto acarretará a atipicidade da conduta”^[2]. A afirmação contida na alternativa *d* da questão 94 foi igualmente retirada do *Curso* do examinador, no que exemplifica hipótese de exclusão da imputação fora do âmbito de proteção da norma: “A mãe de B, sofre infarto mortal ao receber a notícia de que seu filho foi morto atropelado pelo automóvel imprudentemente conduzido por C”^[3]. Na formulação de número 95, a abalizada doutrina de Hassemer demonstra o desacerto da assertiva inserta na alternativa *b*: “o *labelling approach* significa enfoque do etiquetamento, e tem como tese central a idéia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação, a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social”^[4]. Quanto à questão de número 96, não há erro em afirmar-se que “a jurisprudência, em geral, veda aos presos estrangeiros os direitos a progressão de regime e ao livramento condicional, fundamentando-se, em geral, nos efeitos penais do decreto de expulsão, na presunção de fuga do



apenado estrangeiro ou na proibição de obtenção de emprego formal, conforme regra contida no Estatuto do Estrangeiro. Contudo, decisões mais recentes do STF e do STJ têm mitigado essa vedação, admitindo tanto a progressão como o livramento condicional para os estrangeiros encarcerados”. Confirmam-se, a propósito, no âmbito do primeiro, o HC 97.147, No que diz respeito ao segundo, o HC 186.906, o AgR-HC 229.244, o HC 199.990 e o HC 186.490.

Na questão 97, a afirmação da alternativa *c* parece, em princípio, estar de acordo com as lições do examinador: “o erro na execução – ou *aberratio ictus* – verifica-se na hipótese em que o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. Segundo o artigo 73, do CP, quando isto se verifica, o agente deve ser apenado como se tivesse praticado o delito contra aquele que pretendia atingir, conforme a regra preconizada pelo artigo 20, §3º, do CP (erro sobre a pessoa) [...] A rigor, tratar-se-ia de concurso formal [...]. No entanto, pelo princípio da absorção [...] a lei considera o fato crime único, mas como se tivesse sido atingida a pessoa visada”[5]. **A assertiva, contudo, está equivocada, "haja vista a inserção indevida, decorrente de erro material, da expressão "ou consumado", no seu segundo parágrafo, que comprometeu todo o sentido da assertiva, tornando-a dogmaticamente incorreta", consoante assinalado pelo próprio, após a análise dos recursos.*

São controvertidas as afirmações lançadas nas alternativas *a* e *d* da questão de número 98. Com relação à primeira, há intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal (STJ HC 192.659). Os tribunais de superposição, entretanto, têm se orientado no sentido de que para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso (STF HC 69.358 e STJ HC 92.836). No que diz respeito à segunda, há quem tenha revisto seu posicionamento por não entender “correta a doutrina que apregoa estar o inquérito policial abrangido” na figura do §1º do artigo 342 do Código Penal[6]. Como a questão pedia para que fosse assinalada a proposição incorreta, esta última, provavelmente, será indicada como tal. [**Como de fato foi. Em resposta aos recursos apresentados, Artur Gueiros explicou, relativamente à segunda parte da alternativa a, ser "cedição que o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é todo no sentido de que o crime se aperfeiçoa independentemente da prestação da promessa de dizer a verdade do que souber e lhe vier a ser perguntado". Consignou estar incorreta a alternativa d, pois "também incide a mencionada causa de aumento de pena na hipótese de o delito ser perpetrado em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta"*].

A questão de número 99 dizia respeito à natureza jurídica do estelionato previdenciário, problemática que já foi tema da coluna de 13 de junho. A jurisprudência é no sentido de que o “agente que perpetra a fraude contra a Previdência Social recebe tratamento jurídico-penal diverso daquele que, ciente da fraude, figura como beneficiário das parcelas. O primeiro pratica crime *instantâneo de efeitos permanentes*; já o segundo pratica crime de natureza *permanente*, cuja execução se prolonga no tempo, renovando-se a cada parcela recebida da Previdência” (STF HC 102.049), o que estaria a indicar, assim, o acerto do que é asseverado na alternativa *c*. Correta, ainda, a afirmação da alternativa *a* da questão de número 100. Nos tribunais superiores, ainda prevalece a compreensão de tratar-se “o crime de gestão fraudulenta de crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de delitos” (STF



HC 89.364 e STJ HC 39.908). Há entendimento minoritário no sentido de que “a descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta (STJ HC 101.381), o que também está conforme ao enunciado.

O particular não tem o direito de possuir, reservadamente, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente em sistema pessoal de informática, ainda que sem difusão a terceiros, presente a atual redação do artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Equivocada, portanto, a parte final do constante na alternativa *d* da questão 101. Relativamente à de número 102, o candidato deveria saber que a Lei 12.234, que extinguiu a prescrição retroativa antes da denúncia, entrou em vigor no dia 6 de maio de 2010^[7]. Por se tratar de *novatio legis in pejus*, a modificação operada pelo referido diploma legal não seria aplicável ao desacato a que se refere o enunciado. Pois bem. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. No caso concreto, a pena máxima cominada em abstrato para o crime de desacato é de 2 anos, e prescreveria, antes de transitar em julgado a sentença, em 4 anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal). Como X foi definitivamente condenado a cumprir uma pena de 11 meses de detenção, o prazo prescricional caiu para 2 anos (artigo 110, §1º, combinado com o artigo 109, inciso VI, ambos do Código Penal, na redação anterior ao advento da Lei 12.234/2010). Mas como se deve contar esse prazo? Fazendo-se o cálculo da frente para trás, tira-se ao certo que a denúncia foi recebida em 14 de junho de 2011. Como esse juízo de admissibilidade interrompe o curso da prescrição, conta-se desse dia 14 de junho de 2011, o prazo prescricional de 2 anos, em atenção à pena concretizada na sentença de 11 meses de detenção, presente a preclusão maior. Ora, tendo o fato ocorrido no dia 15 de junho de 2009, depreende-se que a denúncia foi regularmente recebida no último dia do prazo de 2 anos, computado o dia do início, de acordo com a regra do artigo 10 do Código Penal (STF HC 43.608). Não houve, assim, prescrição retroativa na hipótese aventada.



É correto afirmar-se o que consta da alternativa *a* da questão de número 103. De fato, “o § 4º, do artigo 1º, da Lei n. 9.613/1998, foi alterado pela Lei n. 12.683/2012, passando a prever a causa de aumento de pena de um a dois terços se os crimes definidos naquele diploma legal forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa”. No que se refere à questão 104, em princípio “*B* deve ser considerado autor imediato e *C* autor mediato pela violação do artigo 56, da Lei n. 9.605, com base na teoria do domínio da organização, tendo em vista este estar na cúpula da estrutura empresarial e, aquele, na comercialização direta e com predisposto [*sic*] ao atendimento da autorização”, pois como explica Artur Gueiros, “enquanto a construção do domínio funcional do fato pressupõe a divisão racional do trabalho numa vertente horizontal, a teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder – também chamada de domínio da organização – pressupõe a mesma noção, mas sob a perspectiva vertical” [8], de modo a “fundamentar a punição, a título de autor, daquele que se encontra no ápice de uma estrutura organizada de poder” [9]. A afirmação, contudo, é polêmica, pois conforme ressaltado pelo próprio examinador em seu *Curso*, “Roxin salienta que sua teoria [do domínio da organização] não poderia ser estendida para as organizações estruturadas dentro da legalidade, visto que a existência de normalidade jurídica afastaria a transmissão da vontade do dirigente da organização. De fato, segundo ele, não somente o executor imediato, mas, também, aqueles que se encontrassem nas instâncias intermediárias, poderiam – e deveriam – se recusar a cumprir a ordem criminosa, o que inviabilizaria a autoria coletiva do delito” [10].

Em relação à questão de número 105, o que preconizado pelo representante do Ministério Público Federal no Processo nº 0490545-96.2011.4.02.5101, em curso na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campos dos Goytacazes [11], sugere, de início, a correção da asserção da alternativa *d*: “Independentemente do limite do mar territorial de 12 milhas marítimas, estabelecido no artigo 1º, da Lei n. 8.617/1993, aplica-se a lei penal brasileira, com base no artigo 5º, *caput*, do Código Penal, para as infrações penais praticadas em empresas exploradoras de recursos energéticos na plataforma continental”. [** Para Artur Gueiros, a alternativa estaria incorreta por "não existir, no âmbito do art. 5º, caput, do Código Penal, a hipotética extensão do território nacional para além das mencionadas 12 milhas marítimas"*]. A alternativa *c*, no entanto, reproduz passagem literal do livro do examinador: “A despeito da concepção ideológica retrógrada do art. 9º, do CP, é certo que o seu alcance tem sido mitigado com o desenvolvimento do instituto da transferência de condenados entre países”. No mais, a doutrina de Eugênio Pacelli indica a correção do que contido nos itens I [12] e III [13] da questão de número 106.

Quanto à questão 107, o candidato deveria saber que no processo penal atinente aos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo é facultado, às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos na Lei 8.078/1990 propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal. A ANVISA, como não poderia deixar de ser, tem competência legal para atuar na proteção e defesa dos consumidores, nos termos do que dispõe o artigo 41-B da Lei 9.782/1999. Incorretos os itens I, II e III. Confira-se, uma vez mais, com a doutrina de Eugênio Pacelli [14].

No que pertine à questão 108, o entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é no sentido de que “a promoção de arquivamento deve ocorrer somente frente à



ausência de elementos mínimos que indiquem a autoria e a materialidade delitiva ou, ainda, a inexistência de crime”. Se consta do enunciado da questão de número 108 haver sido o inquérito policial encaminhado ao órgão sem qualquer outra diligência, com pedido de prazo para continuidade das investigações, sendo que as cédulas apreendidas ainda não haviam sido encaminhadas para exame de corpo de delito, o Procurador da República, por óbvio, não poderia, de início, denunciar o agente ante a ausência de exame de corpo de delito, manifestar-se pelo arquivamento por não haver provas de que as cédulas são falsas ou propor transação penal. Ademais, no âmbito da Justiça Federal, o prazo de conclusão do inquérito será de 15 dias, prorrogáveis por apenas mais 15 dias (artigo 66 da Lei 5.010/1966). Se a Polícia Federal não consegue ultimar o inquérito nesses 30 dias, nada obsta que a investigação policial prossiga, mas terá como consequência a colocação do preso em liberdade (TRF-3 HC 41.844). Na questão 109, é sabido que o recurso cabível contra a decisão que absolve sumariamente o réu é o de apelação. Registre-se, contudo, a existência de julgados pelo cabimento do recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso VIII, do Código de Processo Penal, e não de apelação criminal contra pronunciamento que declara extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, mesmo em se tratando de absolvição sumária (TRF-2 RSE 0542007-73.2003.4.02.5101).

A alternativa *a* da questão 110 faz menção ao que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 124.149^[15]. A formulação seguinte merece detalhamento. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça vem declarando a competência da Justiça estadual apenas nas hipóteses em que o crime de violação não ostentou elementos de transnacionalidade. (CC 121.237). A *contrario sensu*, nos casos em que constatada a internacionalidade da conduta, é de se declarar o interesse da União no feito e a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria (CC 122.388). No CC 116.820, decidiu-se pela não configuração da transnacionalidade pelo mero fato de ter o agente colocado mídias à venda pela internet e, sem esse requisito necessário, foi então fixada a competência da esfera estadual. Do mesmo modo, no CC 113.352 não foi possível atestar a origem estrangeira das mercadorias, não havendo falar em internacionalidade (TRF-4 RSE 5009577-25.2011.404.7002). Tudo a revelar, portanto, o acerto da alternativa *d* da questão 111.

Na questão 112, correta a proposição contida na alternativa *a* (STJ CC 124.037) e incorretas as insertas em *b* (CC 125.871), *c* (STJ RHC 35.55) e *d* (STJ CC 113.359). Na questão seguinte, correta a constante na alternativa *c* (STJ HC 124.622), segundo o disposto no parágrafo único do artigo 56 da Lei 6.001/1973. Na questão de número 114, é desacertado o que se afirma na alternativa *c* (STJ RMS 33.274). Na questão 115, a doutrina de Eugênio Pacelli aponta a correção da asserção de letra *c*: “o livre convencimento motivado é regra de julgamento, a ser utilizada por ocasião da decisão final, quando se fará a valoração de todo o material probatório levado aos autos. E essa regra de julgamento é aplicável somente às decisões do juiz singular”^[16]. Na questão de número 116, as afirmações contidas na alternativa *b* estão em conformidade com os artigos 76 da Lei 9.099/1995, 42, 576 e 654 do Código de Processo Penal. E o asseverado na alternativa *a* da de número 117, com o artigo 158.

Correto, na questão de número 118, apenas o constante do item III. Com efeito, o Superior, acompanhando orientação do Tribunal Pleno, tem entendido pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. Por fim, o artigo 82 da Lei 9.099/1995 e o verbete 203 da Súmula da Jurisprudência do



Superior demonstram o acerto das proposições das alternativas *d* e *b* das questões 119 e 120, respectivamente.

* Coluna alterada às 15h09 do dia 14/10/2013 para alterações conforme as respostas aos recursos apresentados.

Clique [aqui](#) para acessar a prova.

[1] SOUZA, Artur de Brito Gueiros de; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 164.

[2] Cf. SOUZA- JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 188.

[3] Cf. SOUZA- JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 181.

[4] Cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 101-102.

[5] Cf. SOUZA-JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 452.

[6] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 1270-1271. Cita o entendimento divergente de Damásio e Delmanto.

[7] Cf. SOUZA-JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 566.

[8] Cf. SOUZA-JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 294.

[9] Cf. SOUZA-JAPIASSÚ, *Curso...*, p. 294.

[10] Cf. SOUZA-JAPIASSÚ, *Curso...*, pp. 294-295.

[11] Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-mpf-inquerito-chevron.pdf>.

[12] “O processo penal brasileiro estrutura-se, então, a partir da Constituição da República, adotando, também as normas previstas em tratados e convenções internacionais, bem como, ao lado destas, as normas de origem interna, isto é, a legislação infraconstitucional”, cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

[13] “No que se refere às leis processuais no tempo, segue-se a regra de toda legislação processual: aplicam-se de imediato, desde a sua vigência, respeitando, porém, a validade dos atos realizados sob o império da legislação anterior”, cf. OLIVEIRA, *Curso...*, p. 24.

[14] Cf. OLIVEIRA, *Curso...*, pp. 185-188.



[15] “1. O Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa, como no caso dos autos, ou por impetração de habeas corpus, não há como o Juiz competente impor ao Réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de *reformatio in pejus* indireta. 2. Hipótese em que a Paciente foi condenada, perante a Justiça Federal, com posterior anulação do processo pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, em razão da incompetência absoluta do Juízo, sendo novamente denunciada pelos mesmos crimes perante a Justiça Estadual. 3. A prevalecera sanção imposta na sentença originária, qual seja, de 8 (oito) meses de reclusão e 8 (oito) dias-multa, pelo estelionato, e 8 (oito) meses de detenção e 08 (oito) dias-multa, pelo crime contra a organização do trabalho, o prazo prescricional é de dois anos, a teor do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação anterior à Lei n.º 12.234/2010. Nesse cenário, vê-se que entre a data dos fatos (16 de janeiro de 2006; fl. 23) e o recebimento da nova denúncia perante o Juízo de primeiro grau (28 de julho de 2008; fl. 46), transcorreu o lapso temporal prescricional. 4. Ordem concedida, para declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos autos em tela, restando extinta a punibilidade da Paciente”.

[16] Cf. OLIVEIRA, *Curso...*, p. 353.

Meta Fields