

Coordenação
Rogério Sanches Cunha

Revisão 2ª Fase
Analista Jurídico
MP-SP

2018

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

DIREITO PENAL

André Carleto

(MPSP – Analista Jurídico – 2015) Redação 1: Discorra, em até 30 (trinta) linhas, sobre a PRESCRIÇÃO:

- ▶ Parte 1: natureza jurídica, conceito e modalidades.
- ▶ Parte 2: prescrição virtual antecipada.

✓ **Resposta:**

Parte 1: natureza jurídica, conceito e modalidades.

A prescrição é a perda, pelo Estado, do direito de punir (“jus puniendi”) ou do direito de executar a pena (“jus punitivis”), em face de sua inércia durante os prazos previstos em lei (v. art. 109, CP). Sua natureza jurídica é de causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CP. Trata-se de instituto de direito material (posto que vinculado diretamente ao exercício do “jus puniendi” pelo Estado) e de ordem pública (razão pela qual pode – e deve – ser decretada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição).

A regra, no nosso sistema jurídico, é a prescritibilidade das penas. A CF/88 prevê apenas duas hipóteses de imprescritibilidade: o crime de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de

grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

A prescrição se divide em duas grandes espécies: a prescrição da pretensão punitiva (PPP) e a prescrição da pretensão executória (PPE). A pretensão punitiva é o interesse do Estado de aplicar punição àquele que praticou uma infração penal (surge com a prática da infração e se exaure com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes). A pretensão executória, de seu turno, é o interesse do Estado de executar uma punição já imposta definitivamente (surge com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes).

A prescrição da pretensão punitiva (PPP) ostenta, ainda, três subespécies: a) PPP em abstrato ou propriamente dita; b) PPP superveniente ou intercorrente; c) PPP retroativa.

A PPP em abstrato é calculada de acordo com a pena máxima cominada ao delito. Já a PPP superveniente, a PPP retroativa e a PPE são calculadas com base na pena em concreto (a PPP superveniente e a PPP retroativa dependem do trânsito em julgado para a acusação no tocante à pena aplicada, enquanto a PPE depende do trânsito em julgado para ambas as partes).

Parte 2: prescrição virtual antecipada.

A prescrição virtual (antecipada, projetada, hipotética ou em perspectiva) consiste no reconhecimento antecipado da PPP retroativa – reconhecimento este baseado num efetivo “prognóstico”.

Cuida-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência, sem previsão legal, calcada na seguinte constatação: há casos em que o promotor de justiça verifica de antemão que, futuramente, por força das circunstâncias do caso e das condições pessoais do réu, a pena será aplicada num patamar mínimo e, por conseguinte, ocorrerá o reconhecimento da PPP retroativa. Ora, por que, então, movimentar toda a máquina estatal se o caso está fadado ao futuro reconhecimento da prescrição e à

consequente extinção da punibilidade do agente? O fundamento do pedido de reconhecimento antecipado da PPP retroativa é a falta de interesse de agir (condição da ação penal), diante da impossibilidade de se obter uma sentença exequível.

No entanto, a despeito da razoabilidade do instituto da prescrição virtual, nossos tribunais superiores não o reconhecem, pelas seguintes razões principais: a) ausência de previsão legal; b) ofensa ao princípio da presunção de inocência (para o reconhecimento da prescrição virtual, parte-se do pressuposto de que o réu será condenado); c) a imputação da inicial acusatória pode se alterar durante a instrução processual (ex.: MP denuncia por furto, mas na audiência vislumbra-se a ocorrência de um roubo). Vale lembrar, nesse diapasão, que o STJ repudiou expressamente a prescrição virtual em sua Súmula 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

(MPSP – Analista Jurídico – 2013) Redação – Tema 1: Possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas (“ser o agente primário, de bons antecedentes, e não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa”), em combinação com as penas, mais brandas, previstas na antiga Lei de Drogas (nº 6.368/76), para o crime de tráfico de entorpecente cometido na vigência desta última Lei.

✓ **Resposta:**

A Lei 6.368/76 (antiga Lei de Drogas) previa, para o delito de tráfico de drogas, pena de 3 a 15 anos de reclusão (art. 12, “caput”). A partir da vigência da Lei 11.343/06, a pena cominada para o tráfico foi majorada para 5 a 15 anos de reclusão (art. 33, “caput”), mas, por outro lado, a nova lei trouxe a previsão de uma causa de diminuição de pena

ao “traficante eventual” – que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa (art. 33, §4º).

Diante desse cenário, surgiu uma tese, encabeçada pela Defensoria Pública, de que seria possível a combinação da pena mais branda do tráfico (art. 12, “caput”, Lei 6.368/76) com a nova causa de diminuição de pena, direcionada ao “traficante eventual” (art. 33, §4º, Lei 11.343/06). Referida tese tomou como premissa a admissibilidade da combinação de leis penais, tema que sempre foi alvo de controvérsia.

Acerca da combinação de leis penais, há duas correntes na doutrina: a) a primeira corrente defende que o juiz não pode combinar leis penais para beneficiar o réu, pois, ao fazê-lo, estaria usurpando a função do legislador, dando origem a uma terceira lei (“lex tertia”). Para essa primeira corrente, em última análise, a combinação de leis penais pelo juiz viola o princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º da CF). São adeptos dessa corrente Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso; b) a segunda corrente, de seu turno, defende que o juiz pode sim combinar leis penais em benefício do acusado – afirma que, se o juiz pode aplicar o todo de uma lei ou de outra para beneficiar o réu, pode também escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim. Tratar-se-ia de mera integração normativa, e não da criação de uma terceira lei. São adeptos dessa corrente: Basileu Garcia, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Rogério Greco, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes.

A partir dos ensinamentos do penalista português Américo Taipa de Carvalho⁴, temos que a primeira corrente (contra a combinação de leis penais) reflete o chamado “método da ponderação unitária ou global”, ao passo que a segunda (a

4. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

favor da combinação de leis penais) reflete o “método da ponderação diferenciada”.

O STF, de início, posicionou-se favoravelmente à combinação das leis no tráfico, o que instaurou uma grande polêmica. Todavia, em novembro de 2013, o STJ editou a Súmula 501, adotando, nitidamente, o método da ponderação unitária ou global: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 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 n. 6.368/1976, *sendo vedada a combinação de leis*” (grifo nosso).

Saliente-se, por fim, que, após a edição da Súmula 501 do STJ, o STF (RE 600817) também firmou entendimento pela vedação à combinação de leis penais.

(MPSP – Analista Jurídico – 2010) Redação – Tema 1: Fixação da pena privativa de liberdade.

✓ **Resposta:**

Nossa Constituição Federal consagra expressamente, em seu art. 5º, XLVI, o princípio da individualização da pena. Individualizar a pena nada mais é do que aplicar a medida concreta da pena, de acordo com o mal causado pelo delito e as condições pessoais do agente. O princípio da individualização da pena rejeita a ideia de “pena padrão”, devendo ser observado em três momentos: a) na cominação da pena pelo legislador (individualização legislativa ou abstrata); b) na dosimetria ou aplicação da pena (individualização judicial ou concreta); c) na execução da pena (individualização administrativa ou executória). Na fixação da pena privativa de liberdade, entra em cena a “individualização judicial ou concreta”.

Antes de adentrar especificamente à dosimetria da pena, não se pode deixar de mencionar uma “pré-dosimetria”, na qual o magistrado verifica todos os fatores aptos a influen-

ciar nos limites abstratos (mínimo e máximo) da pena, ou seja, na pena cominada. Esses fatores são as elementares, as qualificadoras e os privilégios.

O Brasil adota, desde a reforma da Parte Geral do Código Penal (1984), o sistema trifásico de dosimetria da pena, proposto pelo saudoso jurista Néelson Hungria. Este sistema encontra respaldo normativo no art. 68, “caput”, do CP e, como o próprio nome denota, preconiza a aplicação da pena privativa de liberdade em três fases distintas.

Na primeira fase, avaliam-se as chamadas “circunstâncias judiciais”, previstas no art. 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima). Tais circunstâncias orientam a fixação da “pena-base” e também são chamadas de “inominadas”, pois a lei não lhes atribuiu um nome, nem um significado específico (a tarefa de definir o sentido e o alcance de tais circunstâncias pertence ao juiz). Ressalte-se que, na primeira fase, o juiz está adstrito aos limites da pena cominada.

Na segunda fase, devem ser consideradas as “circunstâncias agravantes” (arts. 61 e 62 do CP) e as “circunstâncias atenuantes” (arts. 65 e 66 do CP). Tais circunstâncias orientam a fixação da “pena-provisória” e são “circunstâncias legais”, uma vez que receberam essas designações (“agravantes” e “atenuantes”) da própria lei. As agravantes e atenuantes podem ser genéricas (previstas na Parte Geral do CP) ou específicas (previstas na legislação penal extravagante – não existem agravantes e atenuantes específicas na Parte Especial do CP). Cumpre salientar que, na 2ª fase, o juiz também está adstrito aos limites da pena cominada (v. Súmula 231 do STJ).

Na terceira e derradeira fase, são levadas em conta as causas de aumento e as causas de diminuição de pena. É na terceira fase da dosimetria que o juiz chega à “pena-definitiva”. As causas de aumento e de diminuição também são “circunstâncias legais” e podem ser genéricas (quando previstas na

Parte Geral do CP) ou específicas (quando previstas na Parte Especial do CP ou na legislação criminal extravagante). Na 3ª fase, diferentemente do que ocorre nas duas primeiras, o juiz não está adstrito aos limites da pena cominada (é possível que a pena fique aquém do mínimo ou além do máximo legal).

Por fim, não é demais acrescentar que, consoante prevê o parágrafo único do art. 68 do CP, havendo concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial do CP, o magistrado pode se limitar a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, entretanto, a causa que mais aumente ou a que mais diminua.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

André Carleto

(MPSP – Analista Jurídico – 2010) Analise a atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro, abordando necessariamente os seguintes aspectos:

- a) participação no processo como *custos legis*;
- b) legitimidade ativa para atuar como parte;
- c) prerrogativas do órgão do Ministério Público em Juízo.

✓ **Resposta:**

a) A partir do Novo CPC (que não estava em vigor quando da elaboração do enunciado “supra”), não se fala mais no Ministério Público como “custos legis” (fiscal da lei), mas sim como “custos iuris” (fiscal da ordem jurídica). Isso fica claro pela redação do art. 178, “caput”, do referido diploma legal. Trata-se de alteração elogiável, pois, além de enquadrar melhor a legislação processual aos ditames do regime pós-positivista (e ao neoconstitucionalismo), valoriza a atuação do MP, que é, indubitavelmente, mais ampla do que a defesa da lei.

Enquanto “custos iuris”, o MP possui atuação imparcial – sua preocupação deve ser a defesa da ordem jurídica, a observância do Direito. O art. 178 do NCPC prevê, num

rol exemplificativo (“*numerus apertus*”), em quais hipóteses o MP atua como “*custos iuris*” (fiscal da ordem jurídica): a) interesse público ou social; b) interesse de incapaz; c) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Ressalte-se que, segundo já se manifestou o STJ (RT 807/266), nos casos em que o MP intervém por força de interesses de incapazes, sua atuação não está subordinada a tais interesses – não se pode falar em nulidade se a manifestação ministerial for contrária ao interesse do incapaz, mas de acordo com a ordem jurídica (o dever do membro do “parquet” é manifestar-se segundo o Direito). Vale dizer, outrossim, que a participação da Fazenda Pública no processo não enseja, por si só, a intervenção do MP (art. 178, parágrafo único, NCPC).

Quando obrigatória a intervenção do MP como fiscal da ordem jurídica, sua ausência provoca a nulidade do processo – o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que o “parquet” deveria ter sido intimado do feito. Deve-se atentar, contudo, que a nulidade em questão só pode ser decretada após a intimação do membro ministerial, que se manifestará a respeito da existência ou não de prejuízo. É o que se depreende do art. 279 do NCPC.

b) Os membros do MP têm capacidade postulatória e estão autorizados a propor ações no âmbito de suas atribuições. A par da titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, CF), o MP também possui relevante atuação como parte no processo civil.

O MP pode atuar como legitimado ordinário, defendendo direito próprio (exemplo: impetração de mandado de segurança para salvaguardar suas garantias institucionais), ou como legitimado extraordinário, defendendo direito alheio em nome próprio, nos casos autorizados por lei (exemplo: ação de interdição proposta pelo “parquet”).

No âmbito do processo civil, é destacada a atuação do MP nas ações coletivas. O art. 129, III, da CF autoriza o “parquet” a promover a ação civil pública, para a proteção do

patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Referida atribuição é regulamentada, fundamentalmente, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelo CDC (Lei 8.078/90).

Além disso, o MP também pode propor ações na tutela de direitos individuais, desde que indisponíveis (art. 127, “caput”, CF). Nesse sentido, por exemplo, um promotor de justiça pode ajuizar ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º, Lei 8.560/92), ação de suspensão ou destituição do poder familiar (art. 1.637, CC) e ação de alimentos (Súmula 594, STJ).

c) São duas as principais prerrogativas do órgão do MP em juízo: a) prerrogativa de intimação pessoal de todos os atos do processo, o que ocorre por carga, remessa ou meio eletrônico (art. 180, “caput” c/c art. 183, §1º, ambos do NCPC); b) prerrogativa de prazo em dobro para todas as manifestações processuais, exceto quando a lei prever prazo próprio para o MP (art. 180, “caput” e §2º, do NCPC).

Ademais, cumpre lembrar que o MP, ao atuar como “custos iuris” (fiscal da ordem jurídica), terá vista dos autos após as partes, bem como poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e interpor recursos (art. 179, NCPC).