

ENADE

Comentado

**CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN
ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA
FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON
(Organizadores)**

DIREITO

2009



ENADE

Comentado

DIREITO

2009





Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Chanceler

Dom Dadeus Grings

Reitor

Joaquim Clotet

Vice-Reitor

Evilázio Teixeira

Conselho Editorial

Armando Luiz Bortolini

Ana Maria Lisboa de Mello

Agemir Bavaresco

Augusto Buchweitz

Beatriz Regina Dorfman

Bettina Steren dos Santos

Carlos Gerbase

Carlos Graeff Teixeira

Clarice Beatriz de C. Sohngen

Cláudio Luís C. Frankenberg

Elaine Turk Faria

Érico João Hammes

Gilberto Keller de Andrade

Jane Rita Caetano da Silveira

Jorge Luis Nicolas Audy – Presidente

Lauro Kopper Filho

Luciano Klöckner

EDIPUCRS

Jerônimo Carlos Santos Braga – Diretor

Jorge Campos da Costa – Editor-Chefe

ENADE

Comentado

CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN
ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA
FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON
(Organizadores)

DIREITO

2009



Porto Alegre, 2013

© EDIPUCRS, 2013

CAPA: RODRIGO BRAGA

REVISÃO DE TEXTO: PATRÍCIA ARAGÃO

EDITORÇÃO ELETRÔNICA: RODRIGO VALLS

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS: ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA E CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN



EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33

Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900

Porto Alegre – RS – Brasil

Fone/fax: (51) 3320 3711

E-mail: edipucrs@pucrs.br - www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56e ENADE comentado 2009 : direito / Clarice Beatriz da Costa Söhngen, Elton Somensi de Oliveira, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (organizadores). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2013. 75 p.

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: <<http://www.pucrs.br/edipucrs>>
ISBN 978-85-397-0343-2

1. Ensino Superior – Brasil – Avaliação. 2. Exame Nacional de Cursos (Educação). 3. Direito – Ensino Superior. I. Söhngen, Clarice Beatriz da Costa. II. Oliveira, Elton Somensi de. III. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila.

CDD 378.81

Ficha Catalográfica elaborada pelo Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

QUESTÃO 20

Relativamente ao Direito Penal, analise as afirmativas a seguir:

- I. Os crimes omissivos são aqueles em que o agente viola o dever jurídico de agir, imposto pela norma, e basta a desobediência ao comando da norma para caracterizar o delito. São condições para a ocorrência dos crimes omissivos o conhecimento da situação típica da qual surge o dever e a possibilidade física real de realizar a ação ordenada.
- II. Os crimes omissivos são aqueles em que o agente viola um dever de conduta, imposto pela norma, devendo iniciar a prática de um ato concreto para que ele se materialize. São condições para a ocorrência dos crimes omissivos o conhecimento da situação típica, da qual surge o dever e a possibilidade psíquica real de realizar a ação ordenada.
- III. A diferença entre os crimes omissivos próprio e impróprio é que, no primeiro, a obrigação de agir decorre da norma; ao passo que, no segundo, a obrigação é resultado de um especial dever jurídico de agir. Se a mãe deixa de alimentar o filho, que morre em decorrência dessa omissão, pratica o crime de homicídio. Se um terceiro pratica a mesma conduta, pratica o crime de omissão de socorro qualificada.
- IV. Em regra, todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão, salvo aqueles em que é necessária uma atividade do agente. São elementos do crime comissivo por omissão a abstenção da atividade que a norma impõe, a superveniência do resultado típico em virtude da omissão, a ocorrência da situação de fato da qual deflui o dever de agir.

Estão CORRETAS somente as afirmativas

-
- A. (A) I, III e IV.
 - B. (B) II e IV.
 - C. (C) I e II.
 - D. (D) I e III.
 - E. (E) II e III.

* **Gabarito: A**

* **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO

Nos crimes omissivos próprios ou puros há, portanto, uma desobediência a uma norma mandamental, quer dizer, a omissão de um dever de agir imposto normativamente, quando possível cumpri-lo, sem risco pessoal. Assim, é necessário, além do dever, que haja também a possibilidade física de agir (ex. art. 135 – omissão de socorro).

Nesses crimes omissivos basta a abstenção; é suficiente a desobediência ao dever de agir para que o delito se consuma, em nada necessitando da prática de qualquer ato concreto para que ele se materialize. Suficiente um não agir violador da norma ordenadora.

A diferença entre crimes omissivos próprios e impróprios está plenamente assentada na questão, ou seja, nos delitos omissivos próprios a desobediência se dá confrontando-se uma norma mandamental (dever geral de assistência); ao passo que, nos crimes comissivos por omissão, há uma obrigação de agir para evitar um resultado concreto derivado de um dever especial de agir, ou seja, este último caso tem como pressupostos: poder agir, evitabilidade do resultado e dever de impedir o resultado (figura do garantidor). A mãe, por ocupar a posição de garante, responderá pelo crime de homicídio (art. 121), e um terceiro, em regra, responderá por omissão de socorro qualificada (parágrafo único do art. 135).

Estão corretamente descritos os elementos que compõem o delito omissivo impróprio: consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (art. 13, §2º).

QUESTÃO 27

Um contador orientou vários clientes a elaborarem declarações de imposto de renda de pessoa física com informações falsas, capazes de ensejar a supressão parcial de tributos. Essas declarações efetivamente não coincidiam com a realidade e o intuito era, evidentemente, fraudar o fisco, o que ocorreu. Todavia, a fiscalização da Receita Federal descobriu o esquema e identificou os contribuintes, os quais foram intimados a apresentar explicações. Todos reconheceram a fraude, declararam que tinham sido orientados pelo mesmo contador e realizaram o pagamento do tributo.

Considerando o cenário acima, é CORRETO afirmar que

-
- A. nem os contribuintes nem o contador serão submetidos a processo criminal, já que a punibilidade do crime de sonegação fiscal (o qual fora praticado por cada contribuinte em concurso com o contador) foi extinta pelo pagamento do tributo.
 - B. os contribuintes serão denunciados pelo crime de sonegação fiscal juntamente com o contador, mas receberão diminuição de pena pela confissão.
 - C. apenas o contador será processado criminalmente pela sonegação fiscal em continuidade delitiva, já que a confissão espontânea dos contribuintes acarreta o perdão judicial.
 - D. apenas os contribuintes serão processados criminalmente, já que foram eles que se beneficiaram da supressão do tributo. A ação do contador é uma participação inócua.
 - E. todos serão processados criminalmente pela prática de sonegação fiscal, sendo cada contribuinte processado em concurso com o contador. O contador responderá, portanto, pela prática de crime na forma continuada, ao passo que cada contribuinte responderá por um único crime.

* **Gabarito: A**

* **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO

Em um primeiro momento, a questão dá a impressão de que o tema abordado é o concurso de agentes, especificamente no que diz respeito à regra inscrita no art. 11 da Lei nº 8.137/90. Todavia, ao narrar a ocorrência do pagamento do tributo sonegado, a questão traz à tona as regras relativas à extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal inscritas nos art. 34 da Lei nº 9.249/95, no § 3º do art. 15 da Lei nº 9.964/2000, no § 2º do art. 9º a Lei nº 10.684/2003 e nos arts. 68 e 69 da Lei nº 11.941/2009, que assim estabelecem:

– **Lei n.º 9.249/9, Art. 34:** “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

– **Lei n.º 9.964/200, Art. 15:** “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. [...] § 3.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”.

– **Lei n.º 10.684/203, Art. 9.º:** “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. [...] § 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

– **Lei n.º 11.941/2009, Art. 68:** “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1.º a 3.º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei”.

– **Lei n.º 11.941/2009, Art. 69:** “Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”.

Assim, a única alternativa correta é a “A”, na medida em que o pagamento do tributo extingue a punibilidade em relação a todos os agentes, que poderiam responder pela prática do delito.

QUESTÃO 28

Em blitz de rotina realizada em uma rodovia, policiais federais pararam um motorista que dirigia acima da velocidade permitida. Os documentos apresentados pelo motorista tinham indícios de falsidade. Ao fazerem uma busca no veículo, os policiais encontraram escondida, embaixo do banco, uma mala contendo dez quilos de cocaína. Os policiais levaram o motorista até o posto rodoviário e, em conversa informal, obtiveram uma confissão do motorista, que também informou quem era o dono da droga. A conversa foi gravada sem conhecimento do motorista, que não havia sido informado de seu direito de permanecer calado. Logo após, os policiais conduziram o motorista à delegacia de polícia mais próxima, para lavratura do auto de prisão em flagrante. Interrogado pela autoridade policial, o motorista não confirmou seu depoimento, passando a negar que soubesse que estava conduzindo a droga, pois o carro era emprestado.

Com base nesse caso, é CORRETO afirmar que a gravação da confissão do motorista é

-
- A. prova ilícita, pois ele não foi informado do seu direito de permanecer calado.
 - B. prova lícita, pois ele não pode invocar seu direito de privacidade, já que estava cometendo um crime.
 - C. prova lícita e válida para condená-lo, mas não é válida para condenar a pessoa que ele delatou.
 - D. prova ilícita, em função de não ter sido colhida pelo Ministério Público.
 - E. prova lícita, pois o interesse público na apuração na verdade real se sobrepõe ao exercício do direito de defesa no caso.
-

* **Gabarito: A**

* **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO

A questão é construída a partir de uma situação hipotética em que a polícia judiciária (Polícia Federal) busca elucidar um fato com aparência de delito. Extraí-se da narrativa uma situação de flagrância, descrita no artigo 302 do CPP, o que faz surgir para a autoridade policial o dever de lavar o respectivo auto, nos termos do artigo 304: “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem

e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.

O referido dispositivo legal estabelece o procedimento a ser seguido na lavratura do auto, incluindo a realização do interrogatório do acusado. Com efeito, no ato do interrogatório, especificamente, devem ser asseguradas todas as espécies de manifestação do direito à defesa e que compreendem o direito ao silêncio, à assistência de advogado, o direito de saber em que qualidade presta as informações.

Mesmo realizado na fase pré-processual, a forma do interrogatório deve seguir o disposto nos artigos 185, 186, 188 e ss. do CPP, que disciplinam o interrogatório judicial, permitindo a mais ampla defesa do acusado. É imprescindível que se assegure ao acusado o direito ao silêncio, expressamente previsto no artigo 5º, LXIII, da CR/88 (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado) e artigo 8.2, *g*, da CADH que garante a toda a pessoa acusada o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Assim, a confissão gravada sem a autorização do motorista e obtida através da realização de um ato em que não foram obedecidas as garantias ao silêncio e à assistência de advogado, não possui qualquer validade, pois não foi feita com plena validade a autonomia pelo acusado. Ademais, há que se considerar que o artigo 5º, LVI, da CR/88 consagra a inadmissibilidade no processo penal da prova obtida por meio ilícito, entendida como aquela produzida com a violação às regras legais e constitucionais.

QUESTÃO 32

Paulo e Roberto são amigos e resolvem abrir uma empresa, destinada à concessão de financiamento para a aquisição de imóveis com juros bem abaixo do mercado, a Morar Bem Ltda. No contrato social, Paulo e Roberto são sócios, cada um com 50% das cotas, e ambos com poderes de gerência. Inicialmente, o negócio vai bem. Diversos clientes, atraídos pelas taxas de juro diferenciadas, pagam a Morar Bem Ltda., no ato de assinatura do contrato, o sinal de R\$ 10.000,00 e passam a efetuar prestações mensais de R\$ 1.000,00. Nos termos do contrato, depois de seis meses, o cliente já estaria apto a receber o financiamento de R\$ 30.000,00 para a compra de sua casa própria. Contudo, logo Paulo e Roberto constataam que o empreendimento é inviável, pois a quantidade de dinheiro captada não é suficiente para honrar o compromisso firmado com os clientes. Tentando salvar o empreendimento, Paulo e Roberto tomam as seguintes providências: publicam anúncios em jornais de grande circulação para captar mais clientes, anunciando falsamente que cem por cento dos clientes já haviam sido contemplados e estavam plenamente satisfeitos, e destacando mais uma vez que a Morar Bem Ltda. pratica a menor taxa de juros do mercado. Por cautela, para se preservarem contra eventuais ações cíveis e penais, promovem uma alteração do contrato social da empresa, retirando-se da sociedade e fazendo figurar como sócios-gerentes dois empregados: Marcela e Ricardo. Na prática, apesar da alteração contratual, Paulo e Roberto continuaram a comandar a empresa. Passados cinco anos, centenas de pessoas haviam sido lesadas.

Qual é a situação jurídico-penal de Paulo e Roberto?

-
- A.** Paulo e Roberto não praticaram crime algum, pois os expedientes utilizados caracterizam mera fraude civil. Devem responder com seu patrimônio pelo dano causado aos clientes da Morar Bem Ltda.
 - B.** Paulo e Roberto praticaram crime de estelionato, pois utilizaram expediente fraudulento, para ludibriar terceiros e lograram obter vantagem patrimonial ilícita.
 - C.** Paulo e Roberto só podem ser responsabilizados por fatos ocorridos anteriormente à alteração do quadro social da empresa. A responsabilidade penal por crime cometido por meio de pessoa jurídica é daqueles que figuram com sócios-gerentes, no caso, Marcela e Ricardo.
 - D.** Paulo e Roberto praticaram crime de apropriação indébita, pois se apropriaram do dinheiro de que tinham posse por força do contrato firmado.
 - E.** Paulo e Roberto não praticaram crime de estelionato ou de apropriação indébita. Ambos atuaram culposamente, pois não previram o resultado danoso e tais crimes não estão previstos na modalidade culposa no Código Penal.
-

- * **Gabarito: B**
- * **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO

A hipótese descrita na questão, em que Paulo e Roberto, ao constatarem a inviabilidade de empreendimento destinado à concessão de financiamento para aquisição de imóveis, publicam informações falsas em jornais de circulação para captar mais clientes, ludibriando terceiros e obtendo vantagem patrimonial ilícita, configura o crime descrito no artigo 171 do CP: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Para a configuração do crime de estelionato, exige-se que o sujeito ativo obtenha vantagem, consiga um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. É essa a situação hipotética narrada na questão: Paulo e Roberto, em comunhão de esforços e vontades (art. 29 do CP), conduzem as vítimas ao engano através da publicação de anúncios falsos que distorcem a realidade do negócio que oferecem, lesando de forma dolosa o patrimônio de centenas de pessoas.

Não há que se falar, portanto, na ocorrência do crime de apropriação indébita (art. 168 CP), uma vez que a vantagem econômica foi obtida através da utilização de expediente fraudulento.

Por fim, destaca-se que Marcela e Ricardo, inseridos como sócios-gerentes através de alteração contratual promovida por Paulo e Roberto com o objetivo de se eximirem de eventuais ações cíveis e criminais, não podem ser responsabilizados pelos fatos praticados por Paulo e Roberto, uma vez que a responsabilidade penal é pessoal e subjetiva.

A responsabilidade penal pessoal subjetiva é, antes de tudo, garantia constitucional harmonizada com o princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, inc. XXXIX, da CR/1988). A proibição constitucional da imposição de pena além do autor do delito tem como objeto o limite determinado pelo tipo penal de injusto.

Assim, conforme a Constituição, somente o sujeito da ação ou da omissão que produziu o resultado pode ser responsabilizado criminalmente. Nesse sentido, o princípio da responsabilidade pessoal, no que tange aos pressupostos objetivos da imputação, é delineado pelos princípios da individualização da acusação e da pena, os quais determinam a necessidade de exposição e comprovação circunstanciada dos elementos que sustentam a imputação do delito. Por isso, é afastada a possibilidade de Marcela e Ricardo serem responsabilizados criminalmente pelos fatos praticados por Paulo e Roberto.

QUESTÃO 33

O Ministério Público recebeu representação do Tribunal de Contas do Estado nos seguintes termos: “A fiscalização deste Tribunal de Contas apurou que Justina Semprônia, funcionária pública, na condição de reitora de uma Universidade Estadual, praticou as seguintes irregularidades na sua administração: contratação de pessoal sem concurso público, contratação de pessoal em período proibido, manutenção de pessoal com contrato vencido e recebimento de servidores cedidos irregularmente. Segundo consta nos documentos, tais fatos ocorreram entre abril de 2004 e abril de 2008. Não obstante inexistir qualquer proveito próprio ou de outrem dissociado do interesse público, tais fatos constituem graves irregularidades, razão pela qual a presente representação é enviada ao Ministério Público”.

Com base nesse relato, o que deve fazer o Ministério Público?

-
- A. Instauração de representação ao Tribunal de Contas do Estado, já que se trata de mera infração administrativa.
 - B. Representação ao Tribunal de Justiça, já que se trata de mera infração administrativa.
 - C. Instauração de inquérito para apuração do crime de peculato.
 - D. Instauração de inquérito para apuração do crime de utilização irregular de verbas públicas.
 - E. Instauração de inquérito para apuração do crime de prevaricação.
-

* **Gabarito: D**

* **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO 1

A questão trata do crime descrito na norma do art. 315 do CP. Nessa perspectiva, a alternativa “A” está equivocada, pois a conduta efetivamente se coaduna com um tipo penal vigente no ordenamento jurídico, não se tratando de mera infração administrativa. De mesma sorte, a alternativa “B”, ao insistir na tese de infração administrativa, também está equivocada. Também se afasta a alternativa “C”, na medida em que não houve nenhuma apropriação de algum dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel pelo funcionário público, tampouco o seu desvio em proveito próprio ou de outrem, de sorte que o tipo penal previsto no art. 312 do CP não condiz com a conduta narrada.

De acordo com o enunciado “D”, a contratação de pessoal sem concurso, em período proibido, assim como a manutenção de pessoal em contrato vencido e o recebimento de servidores cedidos

irregularmente, não obstante, inexistir qualquer proveito próprio ou de outrem, está, de fato, prevista no art. 315 do CP. Dispõe o referido dispositivo legal sobre a ação de emprego irregular de verbas públicas, em que a regularidade administrativa no que tange à aplicação de verbas ou rendas públicas é tutelada. Dessa forma, poderá ser sujeito ativo desse delito a reitora da Universidade Estadual, pois possui o poder de administração e faculdade de dispor sobre os fundos públicos, podendo-se cogitar da causa especial de aumento relativa ao fato de ocupar função de direção de fundação instituída pelo poder público, razão pela qual está acertada a alternativa. Todavia, a questão refere que o Ministério Público deve instaurar inquérito para apuração do delito, o que não é correto, uma vez que o Ministério Público não instaura inquérito para investigação de crime, podendo, sim, apenas requisitar à Polícia Judiciária a instauração. Por fim, em relação à alternativa “E”, cumpre esclarecer que não se trata do crime de prevaricação, descrito no artigo 319 do CP, em virtude também do fato de que, apesar de poder-se alegar que praticou ato de ofício contra disposição expressa em lei, não o fez para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

* **Autor: Cláudio Ari Pinheiro de Mello**

COMENTÁRIO 2

ALTERNATIVA A – A primeira alternativa de resposta contém dois erros fatais. O primeiro deles é que não faria nenhum sentido que o Ministério Público, tendo recebido uma representação do Tribunal de Contas a respeito de fatos que configuram atos de improbidade administrativa, reenvie a documentação ao próprio Tribunal de Contas, representando para que o órgão o investigue. É evidente que, nesse caso, o Tribunal, ou já investigou, ou está a investigar o fato e tomou ou tomará as providências legais de sua competência, mas julgou que poderia ser o caso de outras, que competiria, então, ao Ministério Público adotar. O segundo erro está em que claramente os fatos não são meras irregularidades. Contratar pessoal sem concurso público e em período proibido, como em época de eleições, é ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92.

ALTERNATIVA B – A segunda alternativa padece também do segundo vício apontado, já que evidentemente os fatos objeto da representação não se limitam a meras irregularidades, configurando improbidades administrativas. Além disso, não caberia representar ao Tribunal de Justiça. Caso o Ministério Público conclua pela existência de atos ilícitos, caberia o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, ação declaratória de nulidade dos atos administrativos ou ação de ressarcimento de danos, perante a Justiça Estadual de primeira instância.

ALTERNATIVA C – Com relação à terceira alternativa, ela está incorreta porque não houve peculato. Peculato é o crime contra a administração pública previsto no artigo 312 do Código Penal e ocorre quando o agente público se apropria de recursos ou bens públicos. Como o próprio enunciado afirma que isso não ocorreu no caso, o crime de peculato não se configurou.

ALTERNATIVA D – Apesar de ter sido apontada como a resposta certa, a quarta alternativa também está incorreta. Há nela um erro formal, consistente no fato de que o Ministério Público não instaura inquérito para investigação de crime, podendo apenas requisitar à Polícia Judiciária a instauração de inquérito criminal para apurar o delito. E há nela, também, um erro substantivo. O delito de uso irregular de verbas ou rendas públicas está prescrito no artigo 315 do Código Penal, prevendo o tipo penal ser crime “dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”. Ocorre que nenhuma das condutas registradas no enunciado parece associar-se a desvio de verbas ou rendas públicas. Embora as ações certamente sejam ilegais e até configurem improbidade administrativa, elas não caracterizam o tipo penal do artigo 315 do Código Penal.

ALTERNATIVA E – A quinta alternativa está incorreta por uma razão formal, que consiste no fato de que o Ministério Público não instaura inquérito para investigação de crime, podendo apenas requisitar à Polícia Judiciária a instauração do inquérito criminal, como vimos no comentário à resposta anterior. E também está errada por uma razão substantiva, porque o crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, exige a conduta de retardar ou deixar

de praticar ato de competência do agente público motivado por um sentimento pessoal, como o desejo de beneficiar ou de prejudicar alguém. Como o enunciado não indica que qualquer dos atos ilícitos nele descritos tenha sido cometido com essa motivação, não há elementos suficientes para concluir ter havido prevaricação.

QUESTÃO 39 – DISCURSIVA

Em determinado país, vigora um regime ditatorial. O chefe do Executivo assumiu o poder por um golpe de Estado, apoiado pelas Forças Armadas. Os integrantes do Parlamento que não aderiram ao novo governo foram cassados. Foi outorgado um decreto, autorizando apenas o funcionamento de dois partidos políticos, impondo a censura prévia aos meios de comunicação e suprimindo as eleições para cargos do Executivo e Legislativo por tempo indeterminado. Foi instituída uma polícia política, cuja função era reprimir todos os atos de insurreição contra o novo regime. Por outro lado, o Poder Judiciário permaneceu atuando e a Constituição continuou vigendo, com as alterações estabelecidas pelo decreto presidencial já referido.

Nesse cenário, Antônio, desejando se apropriar do patrimônio de seu sócio José, decide denunciá-lo ao governo, revelando que o sócio militava em uma organização política clandestina, com o objetivo de derrubar o regime e instalar uma nova ordem. Ocorre que José era estrangeiro e, por isso, Antônio acreditava que, em decorrência da delação, seu visto brasileiro seria cassado e ele seria expulso do país. Por força das denúncias de Antônio, José é preso e torturado até a morte. Oficialmente, José é declarado desaparecido, seus familiares nunca mais tiveram notícia de seu paradeiro e sua morte na prisão não é admitida pelo governo.

Passaram-se dez anos e a democracia é restabelecida no país. É aprovada uma nova Constituição, com uma carta de direitos idêntica à da Constituição Brasileira de 1988. Dentre as medidas adotadas para punir os responsáveis pelos atos violentos cometidos pelos agentes do Estado no regime ditatorial, é aprovada uma lei, instituindo o seguinte tipo penal: “Todos os agentes públicos que atuaram no regime ditatorial, que vigorou no país na última década, prendendo, torturando, lesando e matando pessoas de forma abusiva, bem como aqueles que colaboraram para tais ações, ficam sujeitos à pena de reclusão, de dez a vinte anos”. Com fundamento nessa lei, a família de José oferece uma notícia de crime contra Antônio, para que seja processado e punido pelos fatos acima narrados.

Considerando tal narrativa e o novo ordenamento jurídico, responda se Antônio pode ser punido, justificando sua resposta. (VALOR: 10 PONTOS)

RESPOSTA-PADRÃO:

É necessário que o estudante aborde o tema da irretroatividade, assim como se refere à vigência da lei no tempo, ao agir de forma compatível com a legalidade da época, à retroatividade benigna e à motivação e à equidade da conduta.

* **Autores: Alexandre Lima Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Fernanda Corrêa Osório, Rogério Maia Garcia**

COMENTÁRIO

Em se tratando de uma questão dissertativa, entendemos que mais de uma resposta seria cabível, na medida em que o tema da Justiça de Transição é altamente polêmico, encontrando diferentes manifestações no âmbito doutrinário e na jurisprudência comparada.

Por um lado, seria possível discutir a possibilidade de aplicação dos dispositivos penais preexistentes ao novo ordenamento constitucional, especialmente no que diz respeito aos crimes de tortura, lesões corporais e homicídio, na medida em que, compreendidos como crimes contra a humanidade, não são passíveis de prescrição, nos termos em que são estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (Princípios de Nuremberg, de 1950) e, mais contemporaneamente, no Decreto nº 4.388/92 – Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se manifestado acerca da possibilidade de punição de seus responsáveis em face da imprescritibilidade de tais delitos, bem como recentes decisões proferidas pelas Cortes argentina e uruguaia, apenas para citar casos de regimes ditatoriais que guardam proximidade com a história nacional.

De outra banda, levando-se em consideração que o enunciado da questão não faz menção alguma à legislação pré-constitucional, mas efetivamente fala sobre uma lei penal, indiscutivelmente posterior aos violentos fatos narrados, nos parece plenamente cabível o entendimento de que tais dispositivos carecem de constitucionalidade, pois, sendo aprovada “uma nova Constituição, com uma carta de direitos idêntica à da Constituição Brasileira de 1988”, entende-se como presente, nesta nova ordem constitucional, a expressa previsão dos princípios da legalidade (CFRB, art. 5º, XXXIX) e da anterioridade da lei penal (CFRB, art. 5º, XL), corolários de um Direito Penal Democrático que, nos dizeres de Luiz Luisi, “dá aos cidadãos a segurança, ante as mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que, no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda” (LUI SI, 2003).⁴⁷

⁴⁷ LUI SI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 26.