
Comentário – Direito Penal – Raíssa Paiva

Olá caríssimos alunos prolaborianos,

Espero que tenham feito uma boa prova. Fiquei satisfeita quando vi a peça e as questões. Elas estão dentro das expectativas e foi uma prova com a matéria de direito penal e de processo penal bem distribuída.

Não farei maiores considerações sobre as questões, já que a FGV já disponibilizou o gabarito comentado. Faço uma pequena ressalva, contudo, em relação à letra B da questão 04. A questão trata do Marcos que, por volta de 21h, abordou, mediante grave ameaça, Diego e Júlio que caminhavam pela rua e exigiu que as vítimas passassem as mochilas e os celulares que carregavam. Informa a questão que o delegado indiciou Marcos nas iras do art. 157, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 69 do CP.

Na letra B questiona-se: “Oferecida denúncia na forma do indiciamento, qual argumento de direito material poderá ser apresentado pela defesa para questionar a capitulação delitiva constante da nota de culpa, em busca de uma punição mais branda? Justifique.”

De acordo com a banca examinadora, deveria ser pedido o reconhecimento do concurso formal, previsto no art. 70 do CP, com a consequente aplicação do sistema da exasperação, que implicaria em pena menor quando comparado com o cúmulo material de penas.

Data maxima venia, a banca se equivocou quanto à aplicação do sistema da exasperação.

De fato, o caso é de concurso formal de crimes, pois o agente, mediante uma única conduta, praticou mais de um crime, mais precisamente praticou dois crimes de roubo. Ocorre que o art. 70 do Código Penal prevê o concurso formal próprio e o concurso formal impróprio. Para o primeiro determina a aplicação do sistema da exasperação, que claramente beneficia o agente; para o segundo determina a aplicação do sistema do cúmulo material das penas, que implica na mera soma das penas aplicadas pelo juiz sentenciante.

Quando deve ser reconhecido o concurso formal próprio e quando deve ser reconhecimento o concurso formal impróprio? O concurso formal próprio existe quando o agente, mediante uma única conduta, dá causa a vários resultados, podendo nenhum deles ser querido pelo agente (ou ao menos parte deles não ser querido pelo agente). Em outras palavras, todos os crimes praticados são culposos ou o agente praticou um crime doloso e os demais surgiram a título de culpa. Nessa hipótese, o autor terá direito ao sistema da exasperação. Nesse sentido: “Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.” De outro lado, o concurso formal impróprio existirá quando o agente, mediante uma única conduta dolosa, praticar vários crimes com desígnios autônomos em relação a cada um deles, isto é, o agente propositadamente pratica vários crimes, todos os crimes são dolosos. Nesta hipótese, ele não pode ser beneficiado pelo sistema da exasperação, por isso, o Código Penal, com razão, determinou a aplicação do cúmulo material de penas: “As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.”

No caso da questão, o agente, mediante uma única conduta dolosa, subtraiu consciente e voluntariamente, os bens de vítimas diferentes, violando patrimônios distintos, o que justifica o reconhecimento do concurso formal impróprio ou imperfeito. A própria banca examinadora informa: “Da mesma forma, dois foram os crimes patrimoniais praticados. Isso porque dois patrimônios foram atingidos e presente o elemento subjetivo, tendo em vista que MARCOS SABIA QUE ESTAVA SUBTRAINDO PERTENCES DE DUAS PESSOAS DIVERSAS.”

Assim, quando o resultado sair, para os que forem reprovados, sugiro fazer um recurso, pedindo a atribuição dos pontos referentes à letra B da questão 04, porque, *concessa venia*, neste ponto a banca saiu dos trilhos. Nesse sentido, segue o entendimento do STJ:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO VERSUS CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXPRESSÃO QUE ABRANGE TANTO O DOLO DIRETO QUANTO O EVENTUAL. DELAÇÃO PREMIADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta

única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

2. A expressão "desígnios autônomos" refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Vale dizer, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o.

3. No caso dos autos, os delitos concorrentes - falecimento da mãe e da criança que estava em seu ventre -, oriundos de uma só conduta - facadas na nuca da mãe -, resultaram de desígnios autônomos. **Em consequência dessa caracterização, vale dizer, do reconhecimento da independência das intenções do paciente, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, conforme a regra do concurso material, exatamente como realizado pelo Tribunal de origem.**

4. Constatando-se que não houve efetiva colaboração do paciente com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada.

5. Ordem denegada. (HC 191.490/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, **SEXTA TURMA**, julgado em 27/09/2012, DJe 09/10/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I. do § 2.º. do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. A sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, v.g..

5. Aplica-se, no caso em apreço, o art. 70, in fine, do Código Penal, na medida que a conduta delituosa do Réu objetivou lesionar o patrimônio de mais de uma vítima. No caso, além de roubar dinheiro do caixa do estabelecimento comercial, o Paciente subtraiu a moto de um dos clientes do mercado. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem denegada. (HC 177.026/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **QUINTA TURMA**, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)