



Advogado deve ter conhecimento técnico de tipos penais

04/06/2008

Recentemente, ao observar uma questão prática de um Exame da Ordem, deparei-me com um questionamento em que se exigia do examinado um conhecimento teórico (técnico) de institutos de Direito Penal, e com base nestes, deveria o examinado elaborar um arrazoado em defesa de seu “cliente”.

A questão envolvia conhecimentos acerca do crime continuado, do concurso material e da objetividade jurídica do delito, bem como da diferenciação entre os delitos de roubo e seqüestro, portanto, com base nesses elementos, estaria sendo discutida qual seria o quantum da pena a ser aplicada na declarada sentença condenatória.

Assim, ao “recorrente” que contasse com um “bom advogado” (examinado), a consequência penal (reclusão) seria bem menor do que aquela a ser aplicada ao “recorrente” que não contasse com a presença de um “profissional qualificado”, ou dito de outra forma, sem a presença de um examinado preocupado com o saber jurídico.

Era mais ou menos assim o caso prático:

- a) Agentes apontam revólver (muniado) e retiram a vítima do interior de seu veículo automotor; subtraindo o veículo;
- b) Após três semanas, o mesmo agente mediante arma de fogo (muniada), aponta-a em direção à uma mulher, e exige que seu filho vá ao estacionamento e entregue uma motocicleta a um comparsa que o aguardava adiante (os agentes eram reincidentes e a mulher tinha 61 anos de idade quando do crime).

Apurado o fato, realiza-se a instrução, havendo a confissão do delito pelos infratores, sendo que as testemunhas e as vítimas reconheceram os agentes do crime, bem como se demonstrou a materialidade delitiva, não existindo qualquer causa que pudesse excluir ou minimizar a ilicitude ou a culpabilidade dos responsáveis.

Nesses termos foi proferida sentença condenatória em razão do concurso material entre dois roubos, sendo que na sentença o juízo primário desprezou a causa genérica de diminuição de pena contida no Código Penal 65, letra D, ou seja, a confissão, bem como reconheceu a reincidência sem que houvesse certidão nos autos.

O examinado não tão bem preparado, fatalmente proporia a peça de Apelação, e pediria ao Tribunal ad quem, somente, o reconhecimento da confissão, bem como alegaria que a reincidência não poderia ter sido reconhecida pelo juízo primário face ausência de prova documental nos autos. Sem dúvida, nesse aspecto, não há o que ser contestado.

Aproveitando a oportunidade e apenas fazendo um paralelo com o narrado na questão, verifica-se que tais fatos ocorrem diariamente no cotidiano, portanto, exige-se do profissional do direito (juiz, promotor, advogado etc) uma capacitação cada vez maior para que seja aplicada as regras do ordenamento jurídico, e assim, não se cometa os “equivocos” tão constantes.

Retornando ao tema, se ficar evidenciada a prática de dois delitos da mesma espécie (dois roubos ou duas extorsões), será aplicado o instituto da continuidade delitiva (CP 71), ou seja, haverá um acréscimo provável de 1/6 [1] sobre a pena, ao passo que, restando o cúmulo material (CP 69), haveria a somatória das respectivas penas, isto é, seria bem maior do que na hipótese do crime continuado.

Da continuidade delitiva e crimes da “mesma espécie”

Nos escólios doutrinários, narra-se que o instituto do crime continuado teve origem entre os séculos XVI e XVII, e sua introdução no ordenamento jurídico fazia sentido, tendo-se em vista a severidade da sanção penal em razão da prática do terceiro furto pelo agente (punia-se com aplicação da sentença de morte).

É que à época, a Europa atravessava fortíssima crise econômica, ou seja, imperava a fome e a miséria, portanto, a aplicação do instituto suavizaria (e muito) a sanção penal, vez que a pena, não seria a morte do agente.

Na atualidade nacional, ocorrendo um delito continuado, a consequência é o acréscimo de 1/6 até 2/3 na pena, mas para que tal ocorra, dentre outros requisitos, os crimes devem ser da mesma espécie, e praticados no prazo (via de regra), não superior a 30 dias [2].

Mas o que significa “crimes da mesma espécie”?

Ainda não há pleno consenso do que venha a ser “crimes da mesma espécie”, existindo, pelo menos, dois posicionamentos:

1) São os delitos previstos no mesmo tipo penal, isto é, aqueles que possuem o mesmo elemento descritivo não importando sejam figuras simples (caput) ou qualificadas, tentados ou consumados, culposos ou dolosos, assim, são crimes da mesma espécie o furto simples (CP 155) e o furto qualificado (CP 155, parágrafo 4º), a lesão dolosa (CP 129) e lesão culposa (CP 129, parágrafo 6º).

Defendem esta tese, entre outros, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Damásio de Jesus.

2) São os que ofendem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos penais incriminadores diferentes. Cita-se como exemplo o roubo (CP 157) com a extorsão (CP 158), (cujos objetos jurídicos, são o patrimônio, a liberdade física e integridade individual), e o estupro (CP 213) com o atentado violento ao pudor (214), cujos bem jurídico é a liberdade sexual.

Abonam esse posicionamento, entre outros, Rogério Greco, Luiz Régis Prado e Delmanto.

Contudo, prevalece jurisprudencialmente a primeira posição (restritiva), todavia, a boa técnica e a lógica, nos impõe acordar com a segunda tese, pois, a razão de ser de um delito, tem tudo a

ver com o bem jurídico tutelado pela norma penal [3].

Diferenciação entre roubo e extorsão

Ao presente assunto, também nos importa saber qual é a diferença essencial entre o delito de roubo e o delito de extorsão, pois, suas penas se equivalem (reclusão de 4 a 10 anos, e multa, na figura simples, e acréscimo de 1/3 a metade se qualificados).

Mas então, se as penas são as mesmas, qual seria a razão de ordem prática, que nos obriga a ter em mente os denominados conhecimentos técnicos?

Ora, simplesmente para que ocorra a boa interpretação e a conseqüente aplicação do Direito Penal face seus institutos.

A extorsão não se confunde com o delito de roubo, pois, nesse o agente toma a res pessoalmente (ele a subtrai), já na extorsão o autor faz com que a coisa lhe seja entregue (ou colocada à sua disposição), todavia, o delito de roubo e o de extorsão possuem a mesma objetividade jurídica, isto é, tutelam a integridade física o patrimônio e a liberdade individual do ser humano, portanto, não há razão alguma para que se adote o critério restritivo para a conceituação do que sejam crimes da mesma espécie, a interpretação deve levar em conta a ofensa ao bem jurídico, assim, *ad exemplum*, a apropriação indébita e o furto admitiriam a continuidade delitiva, pois, deve-se entender como delito da mesma espécie aqueles crimes que tenham o mesmo objeto jurídico, e que guardem, entre si, semelhança em seus elementos subjetivos e objetivos.

De outro vértice, é salutar lembrar que a situação se inverte quando se analisa o crime de furto com o crime de roubo, pois, embora tutele-se o patrimônio em ambos os delitos, no delito de roubo existem outros dois bens a serem protegidos (liberdade individual e a integridade física), assim, resta eventual concurso material de delitos entre esses dois tipos penais.

Enfim, voltando ao problema inserido no Exame da Ordem, (e tentando resolver a questão formulada pelo examinador), deveria o examinado, nos termos do CPP 593, I, interpor o Recurso de Apelação, e alegar a omissão do julgador quando do não reconhecimento da atenuante da confissão, bem como requerer a invalidação do aumento de pena, face a ausência da certidão que comprovaria a reincidência dos agentes, e principalmente, levar ao conhecimento do “Tribunal ad quem” (examinador), a possível continuidade delitiva entre o delito de roubo e de extorsão, mesmo que a tese não seja abonada jurisprudencialmente, pois, importa ao estudante e ao operador do direito o conhecimento dos aspectos técnicos da Ciência Penal, e seria também demonstrada as diferenças existentes entre o delito de rouco e o delito de extorsão,

Assim, a conseqüência de ordem prática é a seguinte: na eventual condenação, a pena a ser aplicada seria bem menor em razão da observância da continuidade delitiva

Notas

1 — Quanto maior o número de delitos praticados, maior será a exasperação, tendo a jurisprudência admitido o seguinte cálculo: 2, 3, 4, 5, 6, 7 ou mais crimes, acréscimo de 1/6,



1/5, 1/4, 1/3, 1/2, 2/3, respectivamente.

2 — Diz-se 30 dias, via de regra, em razão de que nos crimes cometidos anualmente, tais como, alguns delitos tributários, deve-se admitir a continuidade delitiva em termos anuais.

3 — Cita-se a seguinte situação trazida por Jair Leonardo Lopes, citado na obra de Nucci: Imagine-se um balconista, que diariamente, deixa de inserir no caixa certa quantia em dinheiro. Posteriormente, durante outros dias, na ausência do patrão, subtraia outra quantia em dinheiro.

Assim poderíamos tipificar: a primeira conduta, CP 168, par. 1º, III; a segunda conduta, CP 155, parágrafo 4º, II. O bem tutelado é o patrimônio, assim, é indiferente estarem as condutas tipificadas em diferentes tipos penais. Seria razoável e proporcional admitir-se a continuidade delitiva, pois, o concurso material seria desproporcional.

Bibliografia

Prado, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro, v.1, Ed. RT, 7ª edição, 2006.

Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, Ed. RT, 3ª edição, 2007.

Gomes, Luiz Flávio, Direito Penal, v. 2, ed. RT, 1ª Edição, 2007.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-jun-04/advogado_conhecimento_tecnico_tipos_penais/