

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**O LATROCÍNIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Rafael Guerreiro Galvão

Orientador:  
Prof. Maurício Kenji Yonemoto

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O LATROCÍNIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Rafael Guerreiro Galvão

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
Maurício Kenji Yonemoto.

Presidente Prudente/SP

2011

# **O LATROCÍNIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MAURÍCIO KENJI YONEMOTO

CLÁUDIO PALMA SANCHEZ

PARCELLI DIONÍZIO MOREIRA

Presidente Prudente, 31 de Outubro de 2011.

Em um mundo de confusão, pessoas nunca falam o que querem dizer. Se você quer uma resposta exata vá procurar uma...

Agora mesmo

Você pode fazer sua própria sorte, você cria seu destino. Eu acredito que você tem a força se quiser...

(Steve Harris)

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, irmão e avós, pela confiança depositada em mim e também por serem tudo que realmente importa nessa vida. Pelo mesmo motivo, ofereço aos meus verdadeiros amigos, que completam e alegram minha existência.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, a Deus, Pai Todo Poderoso, pela graça da vida, abençoando-me e acompanhando-me diariamente, proporcionando proteção e saúde.

Agradeço aos meus pais, meu irmão e meus avôs por não medirem esforços em nenhum momento para proporcionar-me sempre que possível tudo aquilo que precisei e desejei, bem como por todo apoio moral e afetivo que jamais deixou de existir.

Agradeço aos meus amigos que mesmo não os citando, sabem quem são, por estarem presentes em todos os momentos dessa caminhada, sempre leais, verdadeiros, sinceros, e gerando momentos únicos e inesquecíveis.

Agradeço ao meu orientador, Profº. MSC Marcelo Agamenon Goes de Souza, pela excelente orientação prestada ao longo desse trabalho, com objetividade, clareza, precisão, paciência e sabedoria.

Agradeço aos meus examinadores, Dr. Mário Coimbra, por ter aceitado imediatamente o convite e por todo conhecimento dispensado em suas aulas, que foram também o berço do presente tema abordado, e a Dra. Roseleine Aparecida da Silva, pelo exemplo de profissional e pessoa e também pela absoluta atenção, dedicação e destreza que desempenha no exercício de seu *munus* de Defensora Pública que, de maneira indiscutível, contribui para minha formação profissional.

Agradeço, finalmente, a Faculdade Integrada Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP, pela arte de ensinar prestada com maestria, eficácia e responsabilidade, e a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão do presente trabalho.

## RESUMO

Buscamos com a presente monografia, discutir o art. 157, §3º de nosso Código Penal; havendo, de nossa parte, uma interpretação crítica e inovadora do que parece já estar sedimentado e sacramentado pela doutrina e jurisprudência de nosso país. Primeiramente, através de uma análise histórica e filológica da palavra latrocínio por uma ótica sistemática e teleológica em especial na análise do elemento subjetivo (culpa e/ou dolo) de tal dispositivo normativo e o pondo à luz da estrita dogmática penal no que tange à sua errônea consideração como crime complexo autônomo agravado pelo fato do crime-meio, mais grave, estar contido no crime-fim, menos grave. Isto posto, partiremos para nossa solução jurisprudencial e doutrinaria para a situação, qual seja a não aplicação do presente dispositivo em hipótese alguma uma vez que eivado de flagrante inconstitucionalidade, seja caso de dolo ou culpa, resolvendo-se sempre com o concurso material entre o crime patrimonial (roubo ou furto) e o delito de atentado à vida (homicídio), mostrando, desse modo, todas as consequências práticas daí advindas, como as referentes à tentativa, ao julgamento pelo Tribunal do Júri e a quantificação da pena. Tudo isto sempre à luz dos princípios penais e constitucionais penais mais modernos, que devem nortear não apenas o aplicador do Direito, como também aquele responsável por sua gênese em sua mais estrita acepção (o legislador).

## **ABSTRACT**

This work addresses the perpetual debate on illegal evidence in Brazilian criminal proceedings, from how the general evidence's concepts and guiding principles are presented, and the generalities about evidentiary law in the Brazilian legal system, to the analysis of constitutional and nonconstitutional illegal evidence prohibitions, also scrutinizing the principle of proportionality as a means of easing the admissibility of such evidence in the Brazilian legal system, whereby the issue will be addressed by the author of this work, based on the explications throughout the study.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>2. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO E ETIMOLÓGICO ACERCA DO LATROCÍNIO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>3 – DA ATUAL INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO LATROCÍNIO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.1 A origem do entendimento dominante .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>4 - DO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>5 – DO CRIME PRETERDOLOSO NO ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5.1 Da Expressão “se da violência resulta morte” .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5.2 – Da lógica sistemática .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5.3 Da inexistência de crime complexo, específico e autônomo no art. 157, §3º .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5.4 Da crítica à nomenclatura “crime-meio/crime-fim” e da impossibilidade do mais estar contido no menos.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
5.5 Da especialidade das Leis (a verdadeira situação) .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 157, § 3 (O PRETENSO “LATROCÍNIO”)</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6.1 – Da não observância do Princípio da Proporcionalidade (crime preterdoloso mais duramente apenado do que crime doloso) .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6.2 Da Violação do Princípio da Individualização das Penas ...	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6.3 Da violação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos Essenciais .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6.3.1 Pluralidade de Vítimas.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
6.3.2 A tentativa .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>7. DA SOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E LEGAL PARA O TEMA</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
7.1 Da proposta de solução doutrinária (mantendo-se as atuais previsões legais) .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
7.2 Da proposta de mudança legislativa .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>8. CONCLUSÃO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

## **1. Introdução**

Trata a presente monografia de interessante tema do Direito Penal brasileiro, que possui relevante importância teórica e notáveis consequências práticas: a compreensão jurídica dominante acerca do que se chama, majoritariamente, de “latrocínio” pela doutrina e jurisprudência pátrias.

O tema, que já provocou memoráveis debates jurídicos em todas as esferas jurídicas de nosso país, encontra-se, atualmente, sob uma lamentável e suspeita pacificação jurídica.

Não se critica, principalmente, aqui, o posicionamento dominante e quase uníssono em si, mas sim o modo pouco profundo com que ele foi concebido; fruto de análises superficiais e estritamente pragmáticas do assunto, caracterizando-se, assim, por uma notável frouxidão científica e dogmática na análise do tema, que por sua grande aplicação no cotidiano dos tribunais, mereceria, no mínimo, um pouco mais de interesse e dedicação por parte dos penalistas brasileiros.

Buscamos uma abordagem histórico-nacional (desde o código penal penal imperial de 1830 até o presente código, passando inclusive pelo anteprojeto de 1969), legal-sistemática e doutrinária de tal tipo penal, analisando-se também o tratamento jurídico dispensado por outros países, como Argentina, Portugal, Espanha e Itália, a tal instituto penal através do chamado Direito Comparado, bem como à sua gênese ainda mais primitiva, no Direito Penal Romano, Feudal e Bárbaro.

O enfoque especial na expressão “se resulta morte” se dará devido à suma importância de tal conceito para a dissipação de questões atinentes ao elemento subjetivo do injusto, o momento consumativo do delito, à tentativa, ao concurso de crimes, bem como em relação ao conflito de normas penais e conseqüentes problemas processuais penais daí advindos (competência em razão da matéria) e principalmente devido ao sentido interpretativo sistemático que tal expressão nos possibilitará.

Chegando-se, assim e por fim do presente artigo, ao entendimento dogmático tido por nós como o mais apropriado e coerente com a ciência penal a tal tipo legal, independentemente da posição adotada por nosso legislador, pelos doutrinadores e aplicadores do Direito; bem como ao apontamento das diversas contradições advindas da má técnica legislativa e da superficial análise científica do instituto jurídico em tela, finalizando-se com uma sugestão de modelo jurisprudencial a ser adotado por nossos tribunais, bem como também com uma solução de *lege ferenda* à conduta jurídica e uma crítica à súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, que apenas veio a sacramentar, e de modo ainda mais aviltante, este grande equívoco penal brasileiro.

Ressaltaremos durante toda a monografia, a importância da observância dos princípios norteadores do Direito Penal Moderno, quais sejam o da Legalidade em sua mais ampla concepção (formal e material), Proporcionalidade e Individualização das penas, bem como o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos Essenciais.

Por fim, cumpre-nos observar que, em que pese a humildade do presente trabalho científico e sua pequena e talvez ínfima importância jurídica, buscamos acima de tudo provocar o debate daquilo que não foi, suficientemente, discutido nem mesmo por nossos mais notáveis penalistas, quanto mais por nossos tribunais. E, então, a partir de tal importante discussão e relevante debate jurídico, teremos cumprida a nossa missão ao lançar um pouco de dúvida nesse ainda obscuro artigo de nosso Código Penal; quem sabe, assim, contribuindo para a desconstrução de um lamentável e, aparentemente, intransponível e lacunoso dogma existente em nossa ciência penal há mais de 70 anos.

## 2. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO E ETIMOLÓGICO ACERCA DO LATROCÍNIO

Segundo Israel Domingos Jorio, partindo-se da etimologia da palavra, nota-se que o verbete latrocínio foi inserido no vocabulário pátrio no ano de 1.529, sendo que sua primeira utilização registrada deve-se a Antonio Tenreyro, na obra “Itinerarios da India a Portugal por Terra”.

A palavra, para o supracitado penalista, derivaria do termo latino *latrocinium*, que teria sentido histórico de “serviço militar, ataque feito por salteadores, roubo feito com mão armada, pirataria, violências, extorsões, engano, deslealdade, velhacaria”.

Analisando-se o dicionário Houaiss, podemos encontrar duas concepções para a palavra, ambas tidas como atuais:

a) assalto à mão armada no qual o efeito da arma pode não ir além da intimidação; b) homicídio com objetivo de roubo, ou roubo seguido de morte ou de graves lesões a vítima. Note-se, entretanto, que a 2ª acp. tornou-se corrente, mas a 1ª é a, tecnicamente, correta”. (grifos nossos)

Para Marcelo Fortes Barbosa (1997, p. 119), trata-se de expressão, tradicionalmente, utilizada para caracterizar o tipo mais grave de roubo, qual seja aquele em que “mata-se para roubar, ou rouba-se matando”.

Expõe ainda que a formação do vocábulo se dá com a fusão das palavras *latro* (ladrão) e *inimum* (atividade, exercício), significando assim: atividade do ladrão. Levanta, por fim a possibilidade da palavra *latro* advir do grego *latron*(soldo, salário), o que apenas reforçaria o caráter patrimonial do delito em tese.

Para o mesmo penalista (2008, p. 174), o termo não possuía precisa definição jurídica no Direito Romano:

*(...)ele poderia significar o delito mercenário, matar mediante paga ou promessa de recompensa e o ladrão seria o sicário; este poderia ser o assaltante que matava para roubar ou para ocultar o crime de roubo, que é o latrocínio dos dias atuais, como poderia ser, também, o soldado mercenário, contratado por algum nobre para guerras particulares ou até mesmo por nações em guerra umas contra as outras.”*

Para alguns, o latrocínio era entendido como o homicídio cometido com o intuito de obter um lucro qualquer, ou seja, o homicídio era o meio do qual o lucro era o fim, entendendo-se por lucro qualquer vantagem que pudesse ser auferida pelo sujeito ativo do delito, ou seja, se uma mulher matasse seu marido para poder se casar com o amante, estaríamos diante de um latrocínio cujo lucro almejado (vantagem perquerida) teria sido o direito de poder se casar novamente. Outros entendiam o latrocínio como a morte de um competidor a um emprego, como Carrara (1980, p. 1187,).

Como se vê, em que pese a falta de uma definição contundente e estrita do latrocínio, primitivamente, considerado, observa-se que podemos notar a prevalência e até uma certa constância de um crime caracterizado por uma violência (um ataque à vida) com um intuito, visivelmente, patrimonial.

No Brasil, o latrocínio surge em um alvará datado de 1763 que passou a integrar o Livro V das Ordenações Filipinas, sendo apenado, à época, com o enforcamento.

O Código Criminal do Império (1830) previa o delito em seu art. 271 (*“Si para verificação do roubo, ou no acto delle, se commeter morte”*), impondo pena idêntica ao do homicídio qualificado de então, qual seja, *“mínima de 20 anos de galés, média de galés perpétua e máxima de morte”*.

Interessante, porém, é que na época, ao contrário do que é visto hoje em dia, o delito causou indignação aos penalistas. Vejamos, pois, a exímia crítica feita pelo penalista Marques Perdigão:

*“Realmente, desafiamos a quem quer que seja que nos apresente, com os princípios de direito criminal, justificação ainda que fraca ou remota para semelhante absurdo: crime de morte incluído em secção de roubo. Pois depois de classificar o nosso Código nos arts. 192 e 193 o crime de homicídio, vem incluí-lo aqui? Pois pode o mais ser parte do menos? Sendo a pena para o homicídio, a de morte, que absorve todas as penas, que absorve todas as causas, todos os móveis de acção, como encabeçá-la no crime de roubo? Que luxo, para não dizer, que desvio ou dislate é esse? Que importa que o homicida matasse para roubar, para gozar da mulher ou da filha do morto, para vingar-se deste, se o crime é sempre o mesmo pelos seus elementos physicos ou materiaes, pelos seus elementos intellectuaes ou moraes?”*

Em que pese a parte final da supra crítica, que vai de encontro à doutrina finalista da acção de Hans Welzel (notando-se que devemos sobrepesar que tal teoria não havia ainda se desenvolvido à época, sendo, pois, mais que normal e aceitável que os elementos subjetivos e os desígnios do sujeito não importassem na valoração da conduta física em si), revela Marques Perdigão louvável senso jurídico científico.

Já o código de 1890, assim dispunha acerca do delito do latrocínio em seu art. 359, transplantado por *Piragibe* para a Consolidação das Leis Penais:

*"Se, para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se cometer morte: Pena -de prisão celular por 12 a 30 anos".*

Desse modo, por não se tratar de crime qualificado pelo resultado, grande controvérsia não havia, caindo sempre na regra do art. 359 do Código Penal vigente à época.

Tal solução legislativa mostra-se muito mais adequada à insuplantável hierarquia existente entre os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, qual sejam vida e patrimônio. Embora não se tenha localizado tal conduta entre os crimes contra a vida, lugar por excelência de tal tipo penal, ao menos criou-lhe um título misto (posto que se encontrava em título específico e autônomo: nem ficando entre os delitos contra a vida, nem ficando entre os delitos patrimoniais) o que conferiu um caráter híbrido à norma, solução esta muito superior àquela que

considera o homicídio mero meio (*modus operandi*) de perpetração do roubo, posicionando-o entre os delitos patrimoniais.

Porém, mister se faz ressaltar o artigo seguinte, art. 360, que apesar de certa má elaboração, ressaltava o latrocínio como homicídio, e não como roubo, bem demonstrando assim, a louvável intenção do legislador de tutelar a vida (e não o patrimônio) em um primeiro plano. Veja-se pois tal artigo:

*Art 360. A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violência, ainda que não se opere a tirada da coisa alheia, será punida com as penas do crime, se dela resultar a morte de alguém, ou à pessoa ofendida alguma lesão corporal das especificadas no art. 304.*

O atual código (datado de 1940), por sua vez e ao contrário do que tenta enxergar a doutrina dominante e quase absoluta, não tipificou o delito de latrocínio como delito específico, autônomo e independente. Ao elaborar o art. 157, §3º que, erroneamente, dizem tratar-se do “latrocínio”, certamente, não foi tipificado nada além de um roubo qualificado (ou seja, deve-se menção e obediência ao *caput*, por isso diz-se não ser autônomo) pelo resultado morte (culposo), como tentar-se-á explicar, detalhadamente, mais à frente.

Sendo, portanto, o latrocínio por excelência (como atualmente concebido: matar para roubar ou roubar matando, homicídio doloso, portanto, com intuito patrimonial como finalidade da conduta) previsto na genérica qualificadora do homicídio qualificado (teleológico), art. 121, §2º, inciso V.

Por fim, faz-se interessante mostrar a solução do Anteprojeto do Código Penal de 1.969, que vem demonstrar haver incertezas e imprecisões na atual redação do Código Penal (de 1940).

O anteprojeto do Código Penal de 1969 (preocupado em dar um caráter doloso à morte resultante do roubo – autêntico homicídio) de acordo com a exposição de motivos nº 55, “eliminando dúvidas surgidas na aplicação da lei atual” optou por inserir o dolo numa figura típica especial em relação à morte e deixou claro

que haveria consumação do delito mesmo quando a subtração patrimonial não se consumasse, ou seja, a mera caracterização de uma morte ligada a uma subtração patrimonial tentada ou consumada já caracterizaria o latrocínio, senão vejamos:

Art. 168, §3º: “Se, para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão de 15 a 30 anos, além de multa, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumir-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65. (Latrocínio)

No caso de haver morte preterdolosa, teríamos, aí sim, um autêntico roubo qualificado pelo resultado conforme o § 2º, V do Anteprojeto e não o delito de latrocínio (que necessariamente exigiria o dolo).

Vê-se, entretanto, o mesmo erro do projetista ao incluir crime de homicídio em secção patrimonial (o mais no menos), apesar da louvável atitude de deixar clara a prevalência da vida sobre o patrimônio (consumação), da dissipação de qualquer dúvida sobre o elemento subjetivo do agente na perpetração da conduta homicida (dolo) e da devida proteção aos bens jurídicos tutelados (art. 65: concurso de crimes.)

Trata-se, portanto, de autêntica tentativa de construção de um delito autônomo, complexo, específico que poderíamos, certamente, denominar de latrocínio (apesar de o código também assim não ter o feito), embora estando entre os crimes patrimoniais e não entre os crimes contra a vida, como mandaria a boa técnica legislativa e a estrita dogmática penal para tal delito.

### **3 – DA ATUAL INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO LATROCÍNIO**

Para que comecemos nossa crítica ao atual entendimento doutrinário e jurisprudencial do roubo qualificado pela morte, que, majoritária ou mesmo unissonamente, é chamado de latrocínio (nomenclatura da qual discordamos quando referente ao dispositivo penal em tela – art. 157, §3º) devemos, a priori, identificar e procurar as razões e os motivos determinantes de tal posicionamento pátrio.

A doutrina dominante entende o roubo qualificado pelo resultado como um latrocínio ambivalente, ou seja, aquele que exige dolo na conduta inicial (de roubo) e culpa ou dolo no resultado alcançado (no caso a morte); tendo assim a seguinte fórmula: dolo + culpa/dolo.

À exceção desse entendimento, temos (entre os grande penalistas) o posicionamento de José Frederico Marques, que concebe a morte apenas a título doloso (autêntico latrocínio, pois) e Alberto Silva Franco que vê nesta norma penal um claro delito preterdoloso (dolo + culpa).

Assim, vejamos o que diz Guilherme de Souza Nucci sobre o art. 157, § 3º (2007, p. 693):

31. Crime qualificado pelo resultado: trata-se da hipótese do latrocínio, quando também se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte). É considerado crime hediondo.

Ainda nesta linha, temos Magalhães Noronha ( 2001, 262):

No parágrafo 3 do art. 157, como já se falou, o legislador definiu o latrocínio, seja dolosa ou preterdolosa a morte (com a possibilidade de punir mais brandamente a última).

Uma série de outros doutrinadores poderiam aqui ser citados, tais como Damásio de Jesus, Fernando Capez, Júlio Mirabette, Luiz Regis Prado, entre outros. Porém, acreditamos que apenas estas duas citações, por hora, servem para ilustrar o quadro doutrinário pátrio, até mesmo por que a partir de agora, momento em que iremos procurar esmiuçar o motivo e a causa desse tratamento pela doutrina brasileira, outras citações far-se-ão necessárias e mostrar-se-ão, desse modo, reveladoras do pensamento nacional (gênese deste) acerca do tema.

### **3.1 A origem do entendimento dominante**

Temos, claramente, como ponto de partida e causa principal do entendimento dominante (de não reconhecimento do roubo qualificado pelo resultado morte como um delito, exclusivamente, preterdoloso) uma visão, extremamente, pragmática e pouco dogmática do tipo penal.

Parte-se, subvertendo-se a sistemática lógica e indicada, do fim (sanção) para se chegar ao começo (conduta). Através da pena cominada ao delito, é que todas as argumentações e conclusões doutrinárias são retiradas.

Desse modo, não se aplica a pena de 20 a 30 anos ao suposto delito de latrocínio por ele admitir tanto morte culposa como dolosa, pelo contrário, é o “latrocínio” que admite a morte culposa e dolosa devido a sua pena. O que deveria ser preceito secundário, parece ter se tornado primário. Ora, e se, mudássemos, pois, a pena cominada ao art. 157, §3º, colocando, por exemplo, 8 a 15 anos? Haveria ainda quem sustentasse se tratar de morte dolosa? Parece-nos certo que não.

Nessa linha de raciocínio (da doutrina dominante), teríamos, através da mudança da sanção, e de modo extremamente absurdo (diga-se) a mudança do

próprio tipo e seus elementos subjetivos. Vejamos, pois, o que dizem os doutrinadores a respeito disso (evidenciando, enormemente, nossa constatação de ser a pena cominada a razão dominante e central do atual entendimento doutrinário-jurisprudencial acerca do tipo penal em si).

Diz Damásio de Jesus, já revelando o pragmatismo de sua solução (2004, p. 366):

Pela sistemática do CP de 1940, a hipótese do art. 157, parágrafo 3, deveria contemplar um delito preterintencional, uma vez que a expressão “se resulta” indica que a morte tipifica o delito como resultado e não como meio de execução de roubo próprio ou impróprio. O estatuto penal, porém, cominou pena de tal severidade que não harmoniza com o delito preterdoloso: reclusão de 15 a 30 anos. Então, se a hipótese fosse de crime preterdoloso, punindo-se o resultado-morte a título de culpa com pena mínima de 15 anos de reclusão, estaríamos punindo o homicídio culposo qualificador do roubo com pena mais grave que a imposta para o homicídio doloso.

Neste mesmo sentido vai Weber Martins Batista (2002, p. 277):

A redação defeituosa do artigo, como se ressaltou, encerra uma verdadeira contradição: a expressão “se resulta morte”, dá a entender que se trata de um crime de roubo qualificado pela morte culposa, mas a pena severa imposta ao crime, comparada com a prevista para o homicídio culposo, leva à conclusão de que a hipótese contempla tão-somente roubo com morte dolosa.

E finalizamos com Heleno Cláudio Fragoso (1995, p. 210), corroborando a idéia de que a pena é que determinou o tipo, e não o tipo que determinou a pena (como a lógica mandaria):

O que se verifica, no entanto, é que as penas cominadas são de tal forma severas que não há outro recurso senão o de considerá-las aplicáveis tanto no caso em que esses resultados mais graves são dolosos, como no caso

em que são apenas culposos. Nesse sentido é, entre nós, praticamente uniforme a doutrina (Hungria, VII, 56) e a jurisprudência (RT 413/113)

Assim, vemos que, ao invés de criticar a má construção típica por parte do legislador, em especial quanto ao preceito secundário (extrema e ilógica graduação sancionadora), buscaram os doutrinadores aproveitar o tipo penal, através de um tácito esquecimento da imperfeição legislativa, que acabou por perpetuar uma superficial e pouco científica interpretação penal, como se outros erros e imperfeições, especialmente na parte da cominação das sanções penais, não houvesse em nosso diploma legislativo.

Temos que, da má técnica legislativa surgiu uma errônea e nada combativa doutrina, que gerou, por sua vez, uma estranha e pouco científica súmula (610 do STF – em momento oportuno comentada) e para agravar ainda mais a situação, sacramentando, fatal e visceralmente, o erro, até então, já bem desenvolvido, surgiu a lei 8.072 (Crimes Hediondos), que em seu artigo Art. 1, inciso II, dá ares de legalidade e pacificação intelectual ao pretense “latrocínio” como delito complexo, autônomo e que admite o dolo em sua conduta subsequente:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no I, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

(...)

E, assim, esperamos ter demonstrado o surgimento, na doutrina e na jurisprudência, daquilo que, cientificamente, pensamos não existir em nosso ordenamento jurídico-penal (um delito complexo e autônomo, com a fórmula: roubar + matar, e ainda previsto nos crimes contra o patrimônio)

## 4 - DO DIREITO COMPARADO

Não só no Código Penal Brasileiro, aparece a contenda doutrinária entre o homicídio qualificado e um delito qualificado pelo resultado no âmbito dos crimes contra o patrimônio. Sendo interessantes as soluções e teses desenvolvidas pelos doutrinadores alienígenas inclusive para nos servir de inspiração, embora, por óbvio, cada ordenamento jurídico guarde as suas devidas particularidades.

Famoso, e até mesmo superior e mais bem desenvolvido que a controvérsia brasileira, é o grande celeuma existente no Direito Penal argentino. Assim, o código portenho possui 2 artigos, qual sejam os arts. 80, inciso 7º e art. 165: equivalentes aos nossos art.s 121, §2º, inciso V e 157 §3º respectivamente. Transcrevemos, agora então, tais dispositivos legais:

ARTÍCULO 80. - Se impondráreclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicar-se lo dispuesto em el artículo 52, al que matare:

...

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado elfin propuesto al intentar otro delito.

(...)

ARTICULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinte e cinco años, si con motivo u ocasión Del robô resultare um homicidio.

Assim, grande foi a controvérsia doutrinária, e mesmo jurisprudencial, instalada. Isto porque o código argentino acabou por abarcar dispositivos legais de grande semelhança baseados em duas legislações distintas, que possuem por sua vez apenas uma das duas soluções adotadas pelo legislador portenho.

Trata-se do Código Penal Italiano de 1889 que traz a figura do homicídio qualificado (equivalente ao art. 80, inciso 7º) e do Código Penal Espanhol

de 1848 (equivalente ao art. 165), causando grandes dificuldades de conciliação normativa.

O que faz a questão interessante de pronto, é que, à par das divergências interpretativas, o que os argentinos chamam de latrocínio é o concurso do homicídio doloso (art. 80, inciso 7º) com a subtração patrimonial e não o roubo agravado pelo resultado (seja ele doloso, culposo ou ambos), presente no art. 165.

Diversas foram as correntes adotadas pelos argentinos, indo desde as que só consideram a morte no delito do artigo 165 como uma morte culposa, passando pelas que consideram a morte tanto culposa, como dolosamente, até se chegar aos que só vêem a aplicação do 165 em caso de morte dolosa, reservado à morte culposa mero concurso de delitos.

Sebastian Soler, em seu livro *Derecho Penal Argentino*, volume 4, ao tecer uma série de considerações a respeito, acaba por definir o art. 165 apenas como um delito preterintencional. Assim Soler (1951, p. 475):

Las agravantes contenidas em esas figuras no se fundan em uma conexión subjetiva dolosa, com relaciónal resultado ulterior, sino, por el contrario, cuando el resultado agravante es directamente doloso, tales figuras son desplazadas por otras.

Para Creus (2007, p. 321), o art. 165 engloba tanto as condutas dolosas como as culposas, pois para ele embora possa haver (forma dolosa) uma relação entre intenção, violência e morte, tal relação não é essencial, haja vista que o legislador usou duas formas alternativas para a consumação do roubo: se por motivo ou ocasião. Opinião esta que leva à interpretação bem semelhante à brasileira.

Já Fontán Balestra e Tozzini (2002, pág. 140), ao se referirem a tal artigo, diz que ele compreende todos os homicídios dolosos, e somente dolosos, que não forem enquadrados no art. 80 do CP Argentino. Sendo invocado, também por

ele, motivos de política criminal ao ver disparate entre a pena de um possível crime preterintencional (art. 165) e o homicídio culposo; havendo, segundo esta interpretação, a aplicação excessiva de pena àquele que não teve a intenção de matar.

Porém, interessante posicionamento nos é dado por Molinario e Aguirre Obarrio, para os quais, se premeditado o homicídio, trata-se da aplicação do concurso do delito contra a vida (art. 80, inciso 7º), mais o delito contra o patrimônio. Já caso se trate de dolo direto não premeditado, dolo eventual ou culpa *strictu sensus*, o art. 165 é utilizado.

Edgardo Alberto Donna, (2008, pág. 144 e 145) por sua vez, prefere deixar ao art. 85 o homicídio em que fica evidenciada a conexão teleológica (meio e fim) entre subtração patrimonial e a morte; já para o art. 165 reserva todos os outros casos de dolo direto e os dolos eventuais. Ao homicídio, culposamente ocasionado, reserva-lhe o concurso. Assim dizendo:

La hipótesis de mínima o si se quiere, más restrictiva dejaría al dolo directo, pero relacionado ideológicamente con el otro delito, em este caso roubo u homicídio, para el artículo 80, inciso 7º, por uma parte, y el dolo directo, indirecto y eventual para el artículo 165, dejando de lado el delito culposo.

E, somente para finalizar as citações advindas da doutrina argentina, destacamos Rivarola (Soler, 1945. página 275 APUD Rivarola, 1920) para quem o homicídio do art. 165 deve ser “incidental”, abrigando idealmente o caso do sujeito que roubando acaba por matar sua vítima não com a autentica vontade de fazê-lo, numa reação de meio e fim, mas sim para se defender da reação da vítima: “se vem obrigados a ultimar o assaltado.

Quanto ao Código Penal Espanhol, embora sua versão de 1848 contivesse disposição semelhante ao art. 157, parágrafo 3º do nosso CP, ou seja, um delito patrimonial agravado pelo resultado morte, o atual código espanhol (1995), para evitar divergências e incertezas jurídicas acabou com os delitos complexos, jogando as antigas situações que neles se enquadravam para o concurso de delitos.

O código italiano, nunca se ocupou em agravar seu roubo com o resultado morte, deixando tal situação ao homicídio qualificado nos moldes do nosso art. 121, § 2º, inc. V. Foi seguido pelo Peru e Uruguai.

Já o ordenamento jurídico alemão, primeiramente, optou por tratar o latrocínio como um roubo qualificado pela morte dolosa, dando franca primazia ao crime-fim ao invés do crime meio. Tal solução foi seguida pela Holanda, Suíça, Noruega, antiga Iugoslávia, Polônia e Grécia.

Porém, revendo seu posicionamento e através da revogação dos §§ 214 e 215 do seu Código Penal, rendeu-se à orientação italiana, dando prevalência ao homicídio em detrimento do roubo, sendo, pois, o latrocínio encontrado no homicídio qualificado na atualidade. Note-se que se persistiu, entretanto, o roubo qualificado pelo resultado morte culposo.

Em Portugal, conforme consta no livro dirigido pelo penalista José de Figueiredo Dias(1999, páginas 190 e 191), podemos extrair os seguintes excertos:

**Parágrafo 99 Está em causa um crime preterintencional – fusão de um crime fundamental doloso (roubo simples doloso) e de um evento agravante negligente (homicídio)...**

**Parágrafo 100 Não cabe neste preceito o latrocínio – roubo doloso com homicídio doloso (figura prevista no CP de 1886, art. 433º)**

Ou seja, há no código penal lusitano uma solução, diametralmente, oposta à encontrada pela doutrina brasileira, seja em não apontar o *nomem juris* “latrocínio” entre os crimes contra o patrimônio (tal quais os argentinos o fazem), seja em só reconhecer o roubo agravado pela morte quando esta se dá culposamente (negligência, imprudência ou imperícia).

## 5 – DO CRIME PRETERDOLOSO NO ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE

Neste tópico, abordaremos os argumentos essenciais para apontar o art. 157, § 3º como um roubo, exclusivamente, qualificado por um resultado culposo (ou seja, conduta preterdolosa). Passemos, pois então, à apresentação e análise dos cinco pilares argumentativos de toda a nossa teoria, calcada, por sua vez na preterdosidade do dispositivo penal em análise.

### 5.1 Da Expressão “se da violência resulta morte”

Embora a interpretação estritamente gramatical, por sua frieza e acentuada restrição, não seja, normalmente, a mais adequada e recomendável a ramo algum do Direito, não podemos, quanto mais no Direito Penal (regido, fundamentalmente, pelo princípio da Legalidade), olvidá-la e desprezá-la por completo.

Saber o verdadeiro alcance da norma, em consonância com as decorrências do supra mencionado princípio, quais sejam a exigência de uma lei estrita (*lege stricta*) e certa (*lege certa*), faz-se mais do que necessário. E para isto, nada melhor do que começarmos por uma análise literal do tipo penal em comento, em especial, uma análise da central expressão: “se da violência resulta morte”, norteadora de todo o tipo penal e essencial para o desenrolar de nossa argumentação teórica.

Primeiramente, vê-se que o código fala “se da violência resulta...” e não “se de violência resulta...”. Utiliza, portanto, o artigo definido “a”, exatamente para definir a que violência se refere; mostrando, por sua vez, não se referir a toda e qualquer violência da qual resulte morte, mas sim àquela específica violência em questão, qual seja, exatamente, a mesma violência do *caput*, portanto, a violência do roubo simples.

Tal violência, a do roubo simples, nada mais é do que apenas um “*modus operandi*” da subtração visada. Caracteriza-se, para Israel Domingos Jorio (2008, p. 207) por ser aquela, estritamente, necessária para “inibir uma oposição ou destruir uma resistência” à subtração. A finalidade da conduta e o elemento subjetivo do tipo repousam, então, não na violência em si, mas sim no ato de subtrair, sendo a primeira mero meio de se chegar à segunda.

Disso, então, auferimos que a violência do § 3º não se trata de uma violência de caráter homicida (encontrada no art. 121, CP), mas sim de mera violência que busca anular a resistência, seja ela passiva ou ativa, à perpetração da subtração visada (violência que é encontrada no *caput* do art. 157, CP). E qual seria, então, o caráter jurídico-penal da referida morte, advinda de tal violência? Ainda para o penalista Israel Domingos Jorio (2008, p. 208):

“Ora, de uma violência que não tem propósito homicida, a única morte resultante concebível é a culposa”.

Quisesse o legislador ter se referido à violência homicida (homicídio doloso), teria, pois, criado uma expressão, completamente, pleonástica devido ao seguinte sentido que teria sido impresso ao texto: “se do *homicídio* resulta morte”. Ora, nada mais óbvio que de um homicídio resultar uma morte, revelando, dessa monta, não ser esta, violência homicida, a violência descrita pelo legislador no § 3º, não se podendo falar, portanto, em homicídio doloso no presente caso, mas apenas em homicídio em sua modalidade culposa.

Ressalta-se, ademais, que a palavra “resulta” revela, claro e patente, sentido de causalidade e desintencionalidade, ao não descrever, exatamente, uma conduta proibida, mas apenas um resultado, e isto através de uma genérica descrição.

Notemos que as descrições mais genéricas são típicas e aptas aos crimes culposos em que a descrição, exatamente por se referir a uma genérica

quebra do dever jurídico de cuidado (que pode ser violado das mais diversas e variadas formas), não apresenta minudente redação. Hanz Welzel (2001, p. 77), assim bem observou:

Nos delitos culposos, a ação típica não está “definida em lei”. Seus tipos são, por isso, tipos “abertos” ou que “necessitam ser complementados”, pois o juiz deve completá-los no caso concreto, com base em um critério geral.

Não é o que ocorre, porém, nos delitos dolosos, conforme bem captado por Israel Domingos Jorio (2998, pág. 248):

Nos crimes dolosos, de um outrolado, por descreverem não a genérica quebra de um dever de cuidado, mas um comportamento consciente, uma conduta intencional, faz-se necessário sua perfeita individualização, posto que o dolo (vontade e consciência) deve estender-se a todos os elementos do tipo. A definição do crime, neste sentido, é imprescindível.

Analisemos, pois, 2 proposições também que nos ajudarão na compreensão desta temática: a) o copo caiu de minha mão e b) eu joguei o copo de minha mão.

Ora, apesar de que, em ambas proposições, temos o copo caindo da mão do sujeito ativo da conduta, no primeiro caso fica evidente a não-intencionalidade da conduta, ao passo em que na segunda, ao contrário, fica evidenciada a intenção do sujeito em alcançar o resultado.

Fosse, então, a intenção do legislador tipificar uma conduta dolosa na morte da vítima do crime de roubo simples (*caput*), deveria, pois, ter utilizado, e note-se que tal observação não é mera futilidade, mas sim essencial para se chegar ao real significado da expressão usada pelo legislador, a expressão “matar” (bem

empregada no delito de homicídio) e não “resultar morte” ( como aqui empregada). Temos, assim, que: a) o copo cair da mão seria o resultar morte: denotando acidentalidade e culpa, b) o jogar o copo da mão seria o matar, denotando, por sua vez, intencionalidade/dolo.

Ou seja, fica, então, indicada e bem demonstrada a intenção do legislador em tipificar um autêntico delito preterdoloso (dolo inicial, seguido de culpa final), ressaltando-se, entretanto, para isto, que esta referida desintencionalidade jamais é, exatamente pelo estrito respeito que devemos ao principio da culpabilidade, uma desintencionalidade absoluta.

Desse modo, o sujeito ativo da conduta, nos moldes do art. 19 de nosso Código Penal, só responde se, e somente se, o referido resultado (no caso a morte) tiver sido causado ao menos culposamente, sob pena de cairmos no vetusto e ultrapassado *versare in re illicita*, já banido do Direito Penal moderno.

## **5.2 – Da lógica sistemática**

Temos como requisito essencial ao bom funcionamento e à harmonia normativa de dado ordenamento jurídico, que seus respectivos elementos dispositivos guardem uma estrita lógica sistemática e uma inflexível congruência interna recíproca, de modo a não se chegar a uma endocontradição, no caso penal, ao termos idênticos modelos normativos dando comandos, extremamente, antagônicos entre si, gerando por sua vez uma verdadeira insegurança e um autêntico “babel jurídico” . Eis, pois, a função da interpretação lógico-sistemática da lei à qual passamos agora a nos dedicar.

Para que possamos, então, chegar ao sentido lógico-sistemático da expressão "se da violência resulta morte" encontrada no art. 157 § 3º do Código Penal, guardando, assim, a devida congruência que deve nortear todo qualquer ordenamento jurídico, passaremos, pois, a analisar os diversos dispositivos penais de idêntica natureza jurídica, qual seja, a natureza jurídica de preterdolosidade

penal; tipos penais preterdolosos estes, pacificamente assim reconhecidos pela doutrina e jurisprudências pátrias, estranha e opostamente, ao que ocorre no caso do roubo qualificado pelo resultado morte (objeto principal de nosso presente estudo).

Para que possamos, entretanto, encontrar a real e verdadeira natureza jurídica do elemento subjetivo ou normativo central da culpabilidade (dolo ou culpa) do tipo penal agora estudado, analisemos, pois, os diversos delitos qualificados pelo resultado presentes em nossa ampla legislação penal.

Primeiramente, vejamos, não somente os delitos qualificados pelo resultado morte, mas sim os delitos qualificados por todo e qualquer tipo de resultado, para que, assim, possamos extrair uma regra geral que contribua à manutenção da coerência e lógica sistemática que devem guardar e reger todo o texto penal. São exemplos de delitos qualificados pelo resultado, todos eles encontrados no Código Penal: a) art. 129, §§ 1º, 2º e 3º (lesões corporais); b) art. 133, §§ 1º e 2º (abandono de incapaz); c) art. 134, §§ 1º e 2º (exposição ou abandono de recém nascido); d) art. 136, §§ 1º e 2º (maus-tratos); e) art. 137, parágrafo único (rixa); f) art. 148, § 2º (sequestro e cárcere privado); g) art. 157, § 3º (roubo); h) art. 158, § 2º (extorsão); i) art. 159, §§ 2º e 3º (extorsão mediante sequestro); j) art. 163, parágrafo único, IV (dano); k) art. 213, § 2º (estupro); l) art. 258 (perigo comum); m) art. 260, § 1º (desastre ferroviário); n) art. 261, § 1º (atentado contra a segurança de transporte marítimo); o) art. 264, parágrafo único (arremesso de projétil); p) art. 267, §2º (2ª parte – epidemia); q) art. 323, § 1º (abandono de função); r) art. 325, § 2º (violação de sigilo funcional); s) art. 328, parágrafo único (usurpação de função pública); t) art. 329, §1º (resistência)

Do posicionamento doutrinário dominante acerca dos supracitados dispositivos penais, podemos extrair que a preterdolosidade é a regra sistemática encontrada e a constância observada. Há, entretanto, algumas exceções, sejam de delitos, inteiramente, culposos (culpa + culpa) como os arts. 258 (crime de perigo comum) e o art. 267, § 2º (epidemia), sejam de delitos, inteiramente, dolosos (dolo + dolo) como os arts. 129, § 1º e 2º (lesões) , art. 163, único, IV (dano), art. 323, § 1º

(abandono de função), art. 328, parágrafo único (usurpação de função pública) e art. 329, §1º (resistência).

Quanto aos delitos, inteiramente, culposos, sua própria natureza e redação típica já falam e justificam por si só a fuga da regra geral de preterdolosidade; a respeito dos delitos, totalmente, dolosos e portanto de mais difícil compreensão quanto a mudança de tratamento, tal situação bem justifica-se pelo fato de que, como no exemplo das lesões corporais e do dano (formas qualificadas), a situação fática que constitui base jurídica para a incidência da qualificação, apenas se revela como uma situação agravadora de mesma e idêntica natureza da conduta dolosa inicial (lesionar e danificar *mais gravemente*, mas continuar, só e somente só, lesionando e danificando e não praticando outra conduta – não muda-se, pois, a natureza da violação penal), ou seja, não se acrescenta aqui outra situação ou conduta penalmente relevante, mas apenas a mesma conduta, agravada com um desdobramento natural e até mesmo, de certa forma, esperado da conduta inicial.

Afunilando ainda mais a questão, chegamos aos delitos qualificados pelo "resultado específico morte". Se temos como regra geral que os delitos qualificados pelo resultado são preterdolosos, quando analisamos esta especificidade de qualificação, porém, temos que quando se trata de qualificação pela morte (e não, pois, outra qualificação qualquer), a regra geral, torna-se, praticamente, regra uníssona e unaminidade na doutrina e na jurisprudência, não fosse pela aqui contestada posição dos pensadores e aplicadores do Direito quanto ao roubo e à extorsão. Senão vejamos, então, como estes se posicionam.

#### **Abandono de incapaz**

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Ao comentar, pois, o § 2º do supracitado artigo, Magalhães Noronha (Direito Penal, Saraiva, pág. 96, 2002) nos ensina:

Crimes qualificados pelo resultado. Nos §§ 1º e 2º do artigo em estudo, considerou o legislador as hipóteses em que do abandono advém lesão corporal grave ou morte. São delitos preterdolosos, isto é, o evento vai além da vontade do delinqüente.

Ora, não fosse este o posicionamento adotado pelo doutrinador, cairíamos em uma esdrúxula situação em que se um pai resolvesse matar seu filho, ainda incapaz, mas através de uma conduta ativa, como atirar, esfaquear e golpear a indefesa criança, teria, como pena mínima (do homicídio qualificado - 12 anos), a mesma pena que, no caso de matá-lo, porém apenas e astuciosamente, pelo abandono em uma erma e desabitada floresta, por exemplo, teria como pena máxima (do abandono de incapaz qualificado, 12 anos).

Seria este, então, o implícito e inaceitável recado transmitido pelo legislador: “não mates um incapaz, mas se fores matá-lo, mate-o pelo abandono, pois terá assim pena muito mais branda”. Um idêntico caso, de homicídio doloso, com idêntica reprovabilidade e dano social, porém com apenamento, extremamente, disforme e desigual.

Nessa linha, vai também o delito de rixa, previsto no art, 137 do Código Penal:

#### **Rixa**

Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

Ao comentar o artigo, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 606) diz:

Figura preterdolosa: havendo dolo de perigo na conduta original, somente se configura este resultado qualificador (existência de morte ou lesão corporal grave) quando houver culpa, visto que o dolo de dano é incompatível com o anterior.

Não fosse assim, bem faria o homicida que, querendo matar um de seus desafetos, provoca, em determinado jantar dançante, uma rixa que envolve, entre outros, seu desafeto, vindo nessa monta a matá-lo. Trocaria, no caso, uma reclusão de 30 anos, por uma mera detenção de 2 anos (isso se não se valesse de uma série de benefícios penais cabíveis ao caso pela pequena pena em abstrato).

Outro exemplo que pela reconhecida e incontestada preterdolosidade, assim como também deveria o ser com o roubo, bem cabe ao caso é o do art. 264 (arremesso de projétil).

#### **Arremesso de projétil**

Art. 264 - Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:

Pena - detenção, de um a seis meses.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço

Para Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 1275):

Trata-se de um crime preterdoloso, na medida em que tanto o resultado lesão corporal quanto o resultado morte são atribuídos a título de culpa, de maneira que se tem o esquema clássico do crime preterdoloso: dolo na conduta antecedente (arremesso do projétil) e culpa no resultado conseqüente (lesão corporal ou morte).

Caso nos coubesse outra interpretação ao artigo em comento, permitindo dolo na conduta conseqüente, por exemplo, teríamos a absurda mensagem e o imponderado conselho legislativo: “Não mates ninguém, mas se fores matar, mates arremessando um projétil ao veículo automotor em que se encontra seu alvo; jamais com um tiro, veneno ou socos. Terás, assim, praticado homicídio doloso, mas apenado como se culposos fosse”.

Aliás, impossível seria outra interpretação do artigo, pois o legislador foi, demasiada e excessivamente, claro na medida em que ao invés de impor pena própria ao delito qualificado, remeteu-o, diretamente, à pena do homicídio culposos ( 1 a 3 anos de detenção), desnudando, por completo, sua intenção.

Acrescenta-se ainda, a este rol de artigos preterdolosos, o art. 267, § 2ºdo Código Penal (epidemia qualificada pelo resultado morte):

### **Epidemia**

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§ 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Confirmando, a por nós afirmada preterdolosidade da epidemia em que resulta-se a morte, vai o posicionamento do penalista Cezar Roberto Bittencourt (2009, p. 902):

Está prevista uma figura de crime preterdoloso: o tipo-base prevê um crime de perigo abstrato, que, se evolui para um dano – morte - , não representara simples exaurimento, mas constituirá uma figura qualificada, ou seja, um crime de dano, na forma preterdolosa (dolo + culpa).

E ainda para demonstrar a total ausência de uma lógica sistemático-penal ao não se considerar o mesmo e uníssono “se resulta morte” do roubo como parte integrante de uma conduta preterdolosa, citamos, desta feita, o art. 213 que em sua forma qualificada (pelo resultado morte) apresenta idêntica e amplamente reconhecida (pela doutrina e jurisprudência quase unânimes) qualificadora( § 2º).

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Afirma Fernando Capez (2010, pág. 250):

“Convém ressaltar que todas as hipóteses do art. 223 são preterdolosas, nelas existindo dolo no antecedente e culpa no resultado agravador conseqüente (lesões graves ou morte). Se houver dolo nas lesões ou no homicídio, estarão configurados dois delitos autônomos em concurso material...” (notando-se que antes da pontual reforma penal de 2009, a qualificadora resultante da morte encontrava-se no art. 223 e não no § 2º do 213).

Por fim, e para finalizar, porém sem jamais esgotar o rol de exemplos que poderíamos encontrar e citar da ampla legislação penal pátria, ressaltemos o crime de tortura qualificada pelo resultado morte encontrada na lei 9.455/97 também considerado preterdoloso:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

De acordo com o professor Mário Coimbra (2002, pág. 193):

Trata-se de crime qualificado pelo resultado, também denominado preterintencional ou preterdoloso, por trazer um misto de dolo e culpa. Assim, no caso em epígrafe, o crime de tortura (doloso) trata-se mais grave, se “sobrevém resultado culposo (não querido, nem mesmo eventualmente, derivado da inobservância do cuidado exigível)”

Se assim não fosse, teríamos, absurdamente, um homicídio doloso e cruel praticado mediante tortura com apenamento máximo de 16 anos e, inexplicavelmente, no mesmo ordenamento jurídico um homicídio doloso e cruel cometido por meio de fogo (igual reprovabilidade e censurabilidade da conduta, portanto), por exemplo, tendo pena máxima de 30 anos (quase o dobro do caso da tortura).

Deste modo, através da demonstração destes inúmeros posicionamentos doutrinários que vêem o resultado morte como uma qualificadora culposa, esperamos ter conseguido revelar ser a interpretação do art. 157, § 3º do Código Penal (pretense latrocínio) uma interpretação que vai de encontro a toda a lógica doutrinária e argumentativa presente nos demais crimes de mesma e idêntica natureza jurídica no que concerne à preterdolosidade, constituindo-se desse modo estranha e suspeita exceção.

Poderiam, porém, os defensores da tese que vê, no art. 157, § 3º, o autêntico latrocínio ("roubar para matar ou roubar matando" ) aventar que não se trata aqui de delito qualificado pelo resultado, mas sim de autêntico tipo penal autônomo e complexo, não devendo, assim e portanto, obediência alguma ao *caput* e não se subordinando à regra alguma de qualificação pelo resultado (como a acima exposta). Argumento que tentaria desqualificar e inutilizar toda a nossa lógica sistemática de crimes que se qualificam por uma morte. Passa este, então, a ser o nosso próximo ponto argumentativo, que terá por objetivo apenas a corroboração e a reafirmação do argumento acima já explicitado.

### **5.3 Da inexistência de crime complexo, específico e autônomo no art. 157, §3º**

Muito do equívoco doutrinário em considerar o delito do art. 157, §3º como o "autêntico latrocínio" vem do entendimento de que se trata aqui, não de mero roubo qualificado, mas sim de um crime complexo e autônomo que comporta suposta a fórmula "roubar + matar".

Vemos tal pensamento, por exemplo, em Fernando Capez (2007, p. 393):

"Trata-se de crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio (doloso ou culposo), constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõe."

Nessa linha também vai César Roberto Bitencourt, Weber Martins de Souza, Nelson Hungria, Magalhães Noronha, entre outros.

Importante, portanto, faz-se esclarecer e elucidar tal mal-entendido, que de tão frágil não resiste nem mesmo a uma mera e superficial análise da redação típico-penal em conteúdo, quanto mais se esta mesma interpretação gramatical do tipo, vier acompanhada da teoria dos crimes complexos, ainda que de modo pouco aprofundado.

Unidade complexa é aquela caracterizada pela combinação de, no mínimo, dois crimes em um só tipo penal, surgindo, por sua vez, outro *tipo penal básico* (autônomo e independente) ou um *tipo penal derivado* (qualificadoras ou majorantes penais).

Crime complexo (novo tipo penal básico), portanto, é espécie daquilo que a unidade complexa é gênero (composto pelos tipos penais básicos e os derivados).

Exemplo clássico e esclarecedor de delito complexo básico e independente é o art. 157 do Código Penal; trata-se do crime de roubo. Temos, na verdade, um furto combinado a uma lesão corporal, uma ameaça ou um constrangimento ilegal. Porém, exatamente pelo fato de ter uma descrição típica completa e própria, não falamos, em momento algum em furto qualificado, mas sim em um novo crime, o crime de roubo. Desaparecendo a descrição do furto de nosso ordenamento, continuará a existir o roubo, uma vez que este possui elementos e descrições próprias e independentes das do furto.

Já quanto ao crime complexo derivado, temos, como bom exemplo, o delito de maus-tratos qualificado (pelo resultado morte), art. 136, parágrafo 2. Ora, se retirarmos a descrição da conduta encontrada no *caput*, “*expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina*”, o parágrafo 2 (que trata do resultar morte) fica, completamente, sem sentido, incompreensível e portanto mostrar-se-ia

inaplicável. Ou seja, em tal situação, temos uma obediência total e irrestrita ao *caput*, mostrando-se assim, não se tratar de hipótese de delito autônomo. Assim entende-se e revela-se o delito complexo derivado.

Deste modo, partindo, portanto, para a análise que nos convém no presente estudo, qual seja a do art. 157, §3º, temos, claramente, um roubo qualificado, um delito complexo derivado e dependente e não, em momento algum, um tipo penal autônomo e independente como muitos doutrinadores afirmar ver (ou, ao menos, tentam ver) no presente caso.

Quando se fala “se da violência resulta morte”, não temos a descrição de nenhuma violência e de nenhuma conduta, ou seja, é no *caput* que devemos buscar a descrição típica. Tirar o roubo simples (*caput*) do parágrafo 3º, seria fulminar este dispositivo penal, seria torná-lo inócuo e inaplicável, revelando-o, assim e de modo surpreendente, não conter, ele, a famigerada e bem propalada fórmula “roubar + matar”.

Contrariamente à uníssona doutrina, não temos aqui o latrocínio do modo como apregoam, mas sim apenas um roubo qualificado pelo resultado morte.

Tal constatação, que a muitos pode parecer vã e supérflua, vem a corroborar, visceralmente, o entendimento do delito como crime preterdoloso: a) primeiramente devido ao fato de que a violência aqui, pelo parágrafo 3º, retratada é, apenas, a violência do *caput* e jamais a violência homicida (própria do art. 121, CP); b) em segundo lugar, temos que o delito deve, então, seguir a regra geral de preterdolosidade dos crimes qualificados pelo resultado; c) fulmina-se, desse modo, o argumento da prevalência do crime-meio sobre o crime-fim, sendo assim mais fácil observar a impossibilidade da tentativa e a verdadeira aberração jurídica que constitui a súmula 610 do STF (mais adiante objeto de apreciação).

#### **5.4 Da crítica à nomenclatura “crime-meio/crime-fim” e da impossibilidade do mais estar contido no menos**

Muito se fala, tanto na doutrina como na jurisprudência, na existência de um crime-meio e de um crime-fim na situação em que o sujeito mata para roubar ou rouba matando. Criticamos, porém, por si só tal posicionamento, e o criticamos ainda mais quando este tal crime-meio é superior, tanto em valoração cultural como em valoração jurídica, ao dito crime-fim, revelando, desse modo, a prevalência de uma verdadeira inversão de valores.

Mesmo que considerássemos o roubo qualificado pelo resultado morte como crime complexo autônomo (dolo + dolo), seria incongruente e contra-científico tal nomenclatura (de crime-meio e fim).

Já nos disse Albert Einstein, exemplo de seguidor do estrito método científico, que quando alguém percebe que para alcançar um fim certos meios seriam eficazes, tais meios se transformam em fins.

Na situação em que o agente do comportamento ilícito mata para que assim consiga perpetrar sua visada subtração patrimonial, temos que, considerando tal situação como de autêntico latrocínio, tanto o roubo como o homicídio são, simultaneamente, “meios” e “fins” do tipo penal em contentio.

Ora, são meios do objetivo último que desejam alcançar, qual seja, o *estado de coisas* que almejam, seja ele o uso e gozo do carro subtraído, o enriquecimento mediante o roubo dos milhões de determinado banco ou pagamento da dívida através do dinheiro roubado da bolsa da indefesa senhora que à rua transitava.

São, por outro lado, fins já que podem ser concebidos como requisitos para a obtenção da finalidade última e derradeira (estado de coisas perquerido). Coisas que devem ser alcançadas e objetivadas por si só, para que depois sirvam a uma finalidade última. Matar + roubar = enriquecer, por exemplo.

Ressaltamos que tal crítica é inteiramente baseada na doutrina finalista de Hans Welzel, para quem o desvalor de determinada conduta deve se situar, essencialmente, na *realização intencional* dos fins e não apenas na *intencionalidade* de tal ação humana. Não há, pois, ação sem finalidade.

O ideal, portanto, é captar não apenas o que nos permite captar a estrita análise da ficção jurídica através de dado tipo penal, mas sim o que de fato acontece no plano da realidade natural da ação humana (ainda aqui não juridicamente visualizada), para aí sim, passarmos para a análise jurídica em si da conduta. Neste sentido, afirma Joao Mestieri (2002, p. 113)

(...) a concepção finalista tem, e sempre terá, o inegável mérito de captar a realidade como ela é, trabalhando com um conceito de ação humana que corresponde à verdadeira essência do humano, evitando construir um conceito jurídico de ação, que limitasse ou desvirtuasse a verdadeira e plena expressão da natureza humana.

Assim, ao comentar o roubo qualificado pelo resultado morte, Israel Domingos Jorio (2008, p. 265), já evidenciando sua opinião que enxerga dois delitos autônomos no caso, qual seja um homicídio e um roubo, nos doutrina:

Cada uma dessas realizações, embora seja meio para alcance do fim último, justamente por haver, em algum momento, se tornando fim em si mesma, tem o seu próprio processo intelectual complexo. É obra do ser humano e não pede seu significado jurídico de crime apenas por servir de meio para a consecução de outro propósito delituoso.

Ademais, ainda que concordássemos com a existência jurídica de crimes-meio e crimes-fim nas unidades típicas complexas e autônomas, não poderíamos, em hipótese alguma, concordar com o fato de um crime mais grave, mais reprovável e mais juridicamente relevante (para isto, vide os apenamentos dispensados pelo Código Penal), estar servindo de mero meio para se chegar a um crime menos grave, menos reprovável e juridicamente menos importante.

Ora, considerar o homicídio apenas como um *modus operandi* do roubo, seria subverter a lógica de valoração e hierarquia dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, reservando ao bem jurídico patrimônio lugar superior ao bem jurídico vida (alicerce de qualquer ordenamento jurídico moderno ou primitivo; afinal matar, em qualquer sociedade ainda não contactada pela civilização moderna, certamente é mais grave do que subtrair determinado objeto).

Tal inversão de valores, umbilicalmente advinda do entendimento do homicídio como crime-meio do roubo (crime-fim), desafia até mesmo a lei física de que nunca o maior pode estar contido no menor. Nunca 30 metros quadrados pode estar contidos em 12 metros quadrados, ou seja, nunca um crime que atente contra o bem jurídico vida (no caso o homicídio) pode estar contido no título dos crimes contra o patrimônio.

O maior não pode ser determinado pelo menor em sua topografia típico-penal. O mais relevante (determinante, pois) é que deve predominar sobre o menos relevante (determinado), a subtração patrimonial é que deve estar dentro dos crimes contra a vida, portanto; e não o contrário, sob pena de não observância até mesmo das leis físicas do espaço, que também, aqui ao Direito, se aplica.

Tal constatação apenas nos faz crer e demonstrar ainda mais que o resultado morte citado pelo legislador, somente, pode ser o resultado morte culposo (como a própria expressão já nos leva a crer); pois só assim é que poderíamos conceber um atentado ao bem vida dentro de um título de crimes patrimoniais. Ora é evidente que o homicídio culposo é menos grave do que o roubo (para isto vide pois a pena máxima de cada um deles – roubo de 4 a 12 anos de reclusão e homicídio culposo de 1 a 3 anos de detenção). Temos, sem citar ainda as substanciais diferenças entre reclusão e detenção, que a pena mínima do roubo é superior à máxima do homicídio culposo.

Assim, só se considerarmos o art. 157, §3º como figura preterdolosa, é que poderemos fazer uma exata interpretação sistemática do código a ponto de

reconhecer a cada tipo penal sua exata posição geográfico-penal, sob pena de abraçarmos interpretações, totalmente, carentes de lógica e coerência científica.

### **5.5 Da especialidade das Leis (a verdadeira situação)**

Argumento de diversos doutrinadores e magistrados que aplicam o roubo qualificado como se latrocínio fosse, é que não podemos conceber tal delito entre os crimes contra a vida, mais especificamente no art. 121, § 2, inciso V, pois num conflito entre norma geral (para eles o art. 121) e norma específica (também para eles, o art. 157) deve-se prevalecer a norma específica.

Ora, que entre norma penal e norma específica prevalece a última, não discordamos de modo algum; inclusive há sábio brocardo jurídico romano sobre o tema: *Lex specialis, derogati Lex generalis*. Do que discordamos, porém, é do que consideram como geral e do que consideram como específico.

Como já tivemos a oportunidade de explicitar, a violência do roubo é aquele específica para inibir uma oposição ou destruir uma resistência, e jamais uma violência homicida. Assim, bem nos esclarece Israel Domingos Jorio (2008, 206):

É desta violência, da violência empregada no roubo simples, que deve advir o resultado morte. A violência a ser empregada é a do roubo (tipo principal, de que é acessória e qualificadora), e não a do homicídio (tipo penal de natureza diversa). Como exaustivamente vimos, a violência do roubo simples não tem propósito homicida. Ora, de uma violência que não tem propósito homicida, a única morte resultante é a culposa.

Concluimos, portanto, que à violência própria do roubo, temos que fazer incidir a norma específica do roubo, enquanto que à violência própria do homicídio (violência com *animus necandi*, portanto) temos que aplicar a norma específica para tanto, qual seja o art. 121 e §§ do Código Penal. Esta é a verdadeira aplicação do princípio da especialidade e não o contrário, como uma análise precipitada e não atenciosa nos poderia levar a concluir, assim como faz com a doutrina dominante.

Se assim não pretendesse o legislador, não teria, então, previsto estes diferentes tipos de violência, criando desse modo uma verdadeira aberração jurídica.

## **6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 157, § 3 (O PRETENSO “LATROCÍNIO”)**

Depois desta série de críticas que direcionamos ao presente dispositivo penal quando considerado como o tipificador do latrocínio ambivalente (aquele que admite a morte a título culposo e doloso), ou mesmo do latrocínio clássico (morte dolosa), muitos podem pensar que defendemos a aplicação de tal norma penal como um delito qualificado pelo resultado e de natureza jurídica preterdolosa, resolvendo-se, assim, o presente problema: quando se tratar de morte culposa, aplica-se o art. 157, § 3º do CP, quando se tratar de morte dolosa aplica-se o concurso entre homicídio e roubo.

Muito, porém, se enganam, já que enxergamos em tal dispositivo um série de inconstitucionalidades tanto em seu preceito primário, como em seu preceito secundário, a depender da teoria adotada.

Tais preceitos são, cabalmente, violadores dos princípios constitucionais penais da Proporcionalidade (para os que adotam a aplicação do roubo qualificado pela morte culposa, como parecemos até agora defender), da Individualização das Penas (para os defensores do latrocínio como crime ambivalente) e do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente de Bens Jurídicos Essenciais (para os defensores das duas teorias acima citadas, além dos que o consideram como um roubo apenas qualificado pela morte dolosa).

Passemos, pois, a comentar a flagrante inconstitucionalidade através de cada um dos princípios desrespeitados.

### **6.1 – Da não observância do Princípio da Proporcionalidade (crime preterdoloso mais duramente apenado do que crime doloso)**

Admitir a aplicação do art. 157, § 3º do Código Penal ao caso em que o sujeito, sem a intenção de matar, acaba exagerando na dose da violência empregada para inibir a conduta reativa à sua subtração, seria dar ao roubo

qualificado pelo resultado morte (no caso, por óbvio, a morte culposa) um tratamento penal mais severo do que se o agente tivesse pretendido matar a vítima.

Ou seja, teríamos, em que pese haver uma série de outras incongruências em nosso Código Penal, a inaceitável e inadmissível situação em que querer matar intencionalmente é considerado menos grave, e por isso é mais brandamente punido, do que matar não-intencionalmente.

Crime culposos de idêntica natureza, qual seja a natureza homicida, tendo pena superior a crime doloso, em tempos de pacífica aceitação da Teoria Finalista da Ação: um verdadeiro atentado ao Direito Penal moderno.

Prega o importante e imprescindível Princípio da Proporcionalidade que a sanção penal deve guardar uma estrita correspondência com a conduta ilícita em si realizada, bem como com o efetivo dano social gerado por tal conduta. Assim, quanto mais grave e reprovável a conduta típica e ilícita e quanto maior o dano por ela gerado, maior deve ser a sanção ao sujeito ativo de tal comportamento jurídico.

A proporcionalidade deve ser analisada pelo Legislador não somente na elaboração do tipo penal em si (descrição da conduta, preceito primário, e cominação da pena correspondente, preceito secundário), mas também, e até mesmo em um primeiro plano, numa lógica sistemática penal de cominação de penas. Desse modo, jamais pode o furto, por exemplo, ser apenado mais duramente do que o roubo, ou a lesão corporal leve, mais repreendida do que a lesão corporal grave.

Caso não seja observado tal princípio, cairemos em uma série de contradições e inversão de valores dos bens jurídicos penais, além de termos nosso ordenamento jurídico penal, seriamente, descredibilizado, o que torna-se muito grave em um ordenamento que preza pela sua função pedagógica e instrutiva ao cominar suas sanções (direito penal sancionador).

Para Israel Domingos Jorio (2008, p. 68):

Quando pautado na proporcionalidade, o ordenamento jurídico ganha aspecto de racionalidade e sistematicidade, deixa entrever organização e acaba merecendo maior credibilidade. É que a proporcionalidade demanda, no mínimo, a instituição de parâmetros e critérios que funcionarão como balizadores da criação e da aplicação das normas jurídicas.

Assim também vai a lição de Beccaria (2003, p 69), que muito deixa de ser observada pelo atual Legislador ao estabelecer elevadas e equalizadas penas aos mais diferentes delitos, como se aumentar, exageradamente, a pena fosse a solução a todas as mazelas penais de nossa sociedade:

Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem, ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão destruídos no coração do homem os sentimentos da moral, obra de muitos séculos, cimentada em ondas de sangue, firmada muito lentamente através de mil obstáculos, edifício que apenas pôde se erguer com o auxílio das mais excelsias razões e o aparato das mais solenes formalidades.

No caso em questão, considerando o roubo qualificado pelo resultado morte como um delito, exclusiva e essencialmente, preterdoloso, como aqui defendemos, cairíamos, porém, em uma situação eivada de flagrante inconstitucionalidade.

A pena do roubo qualificado pela morte culposa seria de no mínimo 20 anos, ao passo em que o roubo em concurso material com o homicídio qualificado teria pena mínima de 16 anos (soma de 4 anos do roubo e 12 anos do homicídio). Ou seja, punir-se-ia mais gravemente aquele que não quis matar, mas por imprudência, negligência ou imperícia o fez, do que aquele que efetivamente desejou e produziu o resultado, algo que em qualquer ordenamento jurídico do mundo e em qualquer sociedade existente ou já extinta foi e será valorado como mais grave e reprovável e portanto digno de maior sanção penal.

Ora, uma vez constatada tamanha desproporcionalidade penal, não podemos ter outra conclusão, senão a de inconstitucionalidade do preceito secundário do roubo qualificado pela morte (culposa).

## **6.2 Da Violação do Princípio da Individualização das Penas**

Outro princípio, também aqui não observado pelo dispositivo penal em análise, é o da individualização da pena.

Tal princípio, que pode ser entendido como uma forma de realização do princípio da proporcionalidade, ou seja, é dele decorrente, se opera em três diferentes níveis: o legislativo, o judicial e o executório.

Interessa-nos, no momento, o primeiro, ou seja, o nível legislativo do princípio da individualização da pena. Serve, ele, para nos mostrar a incongruência daqueles que pregam ser o roubo qualificado pela morte, o por eles chamado de latrocínio ambivalente, ou seja, aquele que admite tanto o dolo como a culpa no resultado morte.

Novamente, nos abastecendo das lições do penalista Israel Domingos Jorio (2008, p. 75):

Individualizar a pena – frise-se – significa encontrar o apenamento ideal, minimamente suficiente para a coibição de cada uma das condutas criminosas e para a reprimenda dos seus autores.

Assim, sendo a morte culposa apenas idêntica à morte dolosa, pois o mesmo é o preceito secundário (sancionador) para ambas as condutas, temos clara e pavorosa afronta ao Princípio da Individualização das Penas, não interessa se o sujeito A roubou e depois matou o sujeito B dolosa ou culposamente, ele terá a mesma pena em abstrato, qual seja a de 20 a 0 anos.

Poderiam, porém argumentar os defensores do “latrocínio ambivalente” que tal valoração de gravidade da conduta poderia ser levada em consideração no

momento da aplicação da pena de acordo com o art. 59 do Código Penal. Para eles respondemos, entretanto, que, como já acima mencionado, tal princípio deve ser analisado em todos os seus três níveis (Legislativo, Judicial e Executório), e não em apenas um ou dois deles.

Por mais que o magistrado aplicador da lei possa fazer esta mensuração, a de aplicar pena menor ao delito culposo e pena maior ao delito doloso, a violação à individualização das penas persistirá no âmbito legislativo ainda que possa ser atenuada com a aplicação do art. 59 do Código Penal (de exclusiva aplicação no âmbito judicial); que devemos ressaltar, não é o instituto jurídico mais adequado a tal diferenciação, sendo, mais apropriadamente, resguardado a outras e mais específicas situações (que preferimos aqui não explicitar para nos limitar, assim, mais ao tema ora proposto).

Desse modo, havendo esta violação ao Princípio da Individualização da Pena, especificamente no âmbito legislativo do referido princípio, pensamos ser o latrocínio ambivalente, por mais esse motivo, além de ilegal, flagrantemente, inconstitucional, maculando, desse modo, de uma vez por todas a sua aplicação.

### **6.3 Da violação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos Essenciais**

Importante princípio penal, muitas vezes relegado a um segundo e esquecido plano nas aulas e livros de Direito Penal, é o princípio da Proibição da Proteção Deficiente de Bens Jurídicos Essenciais.

Se de um lado temos a crítica daquilo que se chama, no Direito Penal Alemão, de *Übermassverbot* (excesso), ou seja, a crítica à desmedida intervenção penal do Estado na vida do cidadão; de outro, não podemos olvidar que é função deste mesmo Estado, que pode ser visto por essa ótica como um mero punidor desenfreado, a proteção da sociedade e do convívio social como um todo; devendo zelar, por este enfoque, pela real e efetiva proteção dos bens jurídicos que eleger à categoria de essenciais (normalmente vida, patrimônio, integridade física, e

costumes – que são encontrados nos mais diversos ordenamentos ao redor do mundo).

Vai, exatamente neste sentido, a lição de Alberto Silva Franco (2002, p. 479:

A formalização do mecanismo de atuação penal deixa, portanto, evidente que o exercício do *ius puniendi* não é uma atividade desenfreada, regida apenas por critérios de utilidade social, mas, sim, algo que se submete a um diligente controle com vistas às garantias (formais e materiais) devidas ao direito de liberdade do cidadão. O indivíduo, cuja conduta desviada se acomodou a uma figura criminosa, tem garantias penais, diante do Estado repressor. Mas o Estado, por outro, não pode abrir mão do controle penal, pois a sua missão é a de proteger a convivência social, mantendo-a ao nível do suportável e não há, até o presente momento, outro tipo de controle com capacidade de tutelar, com eficácia, os bens jurídicos mais valiosos, dos ataques mais intoleráveis. (grifos nossos)

Havendo, portanto, na relação do Direito Penal/Indivíduo uma dupla faceta: se de um lado tal ramo do Direito constitui uma garantia ao indivíduo frente às arbitrariedades estatais (conduta negativa e de 1ª Dimensão, portanto), de outro representa, também, uma garantia deste mesmo indivíduo, mas desta vez de que o Estado lhe assegurará e protegerá os seus bens jurídicos mais essenciais (ou seja, conduta ativa do Estado e, portanto, de 2ª Dimensão). Garante-se o indivíduo, assim, de uma só vez da arbitrariedade estatal e do caos social.

Deste modo, tal princípio, em linhas gerais, revela-nos que uma vez em que determinado bem mereça tamanha importância e relevância em um dado ordenamento jurídico a ponto de ser tutelado, diretamente, pelo Direito Penal (ramo mais radical e violento do Direito como um todo), ele (tal bem jurídico) deve ser, real e efetivamente, protegido e não padecer sob uma proteção, meramente, simbólica e ineficiente, sob pena de descredibilização do sistema jurídico-penal e conseqüente instauração de caos social.

É aí, então, que entra a crítica à equivocada interpretação dada pelos doutrinadores e magistrados brasileiros no que concerne ao art. 157, §3º do Código Pena I (que insistem em chamar de latrocínio).

Ora, se assim realmente o fosse, vejamos, pois, duas situações que serviriam de exemplo clássico de proteção deficiente de bem jurídico considerado essencial; no caso, com o agravante de se tratar exatamente do mais essencial deles, qual seja, a vida.

### **6.3.1 Pluralidade de Vítimas**

Analisando uma situação relacionada à pluralidade de vítimas. Se determinado ladrão invade uma joalheria, matando a tiros dois de seus seguranças, um cliente e uma vendedora, teríamos, em que pese ter havido quatro mortes, apenas um único latrocínio. Ou seja, tamanha conduta desvalorosa e recriminável, em que quatro pessoas perderam a vida e grande patrimônio foi subtraído teria pena máxima de 30 anos.

Sendo que, por outro lado, se um pai de família, matasse dois, apenas metade do número de mortos do supra exemplo, portanto, dos algozes de seu inocente filho, teria (pela privilegiadora de relevante valor moral) pena máxima de mais de 33 anos. Ou seja, pena em mais de 10% maior do que no primeiro caso. Revelando assim, não apenas proteção deficiente, mas também desproporcionalidade penal patente.

### **6.3.2 A tentativa**

Ora, uma vez em que, pelo art. 14, inciso I do Código Penal, não estiverem reunidos todos os elementos constitutivos do crime, no caso: o pretensioso matar e roubar, tratar-se-á de tentativa e não de crime consumado.

Portanto, neste mesmo caso acima citado (ladrão que mata quatro pessoas para consumir um único roubo a joalheria), uma vez que o sujeito ativo da conduta não tenha conseguido subtrair o patrimônio pretendido, estaríamos diante de crime tentado, com redução penal de no mínimo 1/3 (um terço), deixando as quatro mortes, absurda e insuficientemente, punidas com pena máxima de 20 anos de reclusão.

Ou seja, não havendo a realização completa da fórmula típica “latrocínio = roubar + matar”, não há o que se falar em delito consumado. Tal constatação nos leva a observar a tamanha deficiência da proteção (violação ao Princípio da Proibição da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos Essenciais) ao mais importante bem jurídico tutelado por nosso Direito Penal, o bem jurídico vida (de igual e relevante importância em todos os ordenamentos jurídicos, escritos ou não escritos, modernos ou arcaicos, laicos ou religiosos, de todo o planeta).

Tentando, pois, corrigir tamanha injustiça, editou, o Supremo Tribunal Federal, em decisão carregada de muito mais pragmatismo do que dogmática jurídica propriamente dita, a esdrúxula súmula 610:

#### **Súmula nº 610**

##### **Crime de Latrocínio - Homicídio Consumado Sem Subtração de Bens**

Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima.

Desse modo, através de uma súmula que buscou, clara e simplesmente, apenas evitar injustiças como a do hipotético caso há pouco narrado, o STF porém, violentamente, atropelou a estrita Dogmática do Direito Penal, a importante e básica Teoria do Delito Complexo, e o inafastável Princípio da Legalidade (em sua modalidade *lex certa*), ao passo em que deu interpretação extensiva, e não amparada em texto legal algum, contra o réu-cidadão, impondo uma pena adicional e não legalmente prevista a este indivíduo; deixando passar, assim, importante oportunidade de se discutir científica e profundamente tal

dispositivo penal; o que acabou, por vez, de sacramentar este que talvez seja o maior equívoco penal de toda nossa literatura jurídica,.

Esclarecendo o tema, sobre os crimes complexos em sua modalidade tentada, bem nos leciona Silvio Ranieri (O Crime Complexo, Quartier Latin, 2006, p. 214):

Há, portanto, tentado delito quando não realizado todos os elementos que constituem um determinado modelo criminoso, apesar da intenção do agente que visa atuá-lo, isto é, quando o modelo legal do delito que se pretendia cometer é completo, no que concerne ao elemento psicológico, mas incompleto em respeito ao elemento material.

Desse modo, através de notável ensinamento do mestre italiano, vemos que sobrou boa vontade à nossa Suprema Corte, porém, lamentavelmente, faltou o exemplo de alto conhecimento jurídico que se espera de uma corte que carrega a palavra “supremo” em sua nomenclatura e representa, ou pelo menos deveria representar, o supra-sumo do conhecimento jurídico de seu país em todas as suas decisões.

#### **6.4 Inconstitucionalidade (princípios constitucionais implícitos)**

Desse modo, uma vez evidenciada a violação a uma série de princípios constitucionais implícitos em nossa Carta Magna, princípios estes que vão totalmente no sentido do que prega o Direito Penal mais moderno, só nos resta a defesa da não aplicação do §3º do art. 157 do Código Penal.

## **7. DA SOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E LEGAL PARA O TEMA**

Ante todo o exposto, passaremos agora, então, a apresentar nossas soluções doutrinária e legislativa, que pensamos serem as mais coerentes e seguidoras da estrita dogmática penal, dos modernos princípios constitucionais penais e até mesmo do ideal de realização de Justiça que deve perseguir todo o Direito.

### **7.1 Da proposta de solução doutrinária (mantendo-se as atuais previsões legais)**

Uma vez mantida a atual redação de nosso Código Penal, advogamos a tese de que sempre, seja a morte culposa ou dolosa, a solução deverá ser resolvida com a aplicação do concurso de delitos, ao estilo adotado pelo legislador italiano.

Sendo o roubo qualificado pelo resultado morte um delito, exclusivamente, preterdoloso, e indo mais além, sendo tal dispositivo normativo eivado de flagrante inconstitucionalidade, não pode nunca o art. 157, , §3º ser aplicado a qualquer que seja a conduta analisada, sobrando a todos os casos, só e somente só, o concurso de delitos entre o crime patrimonial (roubo ou furto a depender da solução adotada) e o delito contra a vida (homicídio doloso – simples ou qualificado e na modalidade dolo eventual ou direto - ou homicídio culposos, conforme o caso concreto).

Desse modo, resolvemos a questão de apresentar diferentes penas à situação de homicídio culposos e de homicídio doloso; damos efetiva proteção ao bem jurídico vida ao passo em que o sujeito responderá, individualmente, por tantos homicídios quanto os que tiver praticado (e não por apenas um); bem como também solucionamos a situação da tentativa e da efetiva proteção aos bens jurídicos essenciais sem precisar violar as normas de direito penal, como precisou fazer o STF ao editar a súmula 610.

Sobre este último ponto, tentativa, temos a seguinte solução para as famosas quatro hipóteses: a) se subtraiu e matou: concurso material entre roubo (ou furto – a depender da solução adotada) e o homicídio doloso qualificado, com pena mínima total de 16 anos e máxima de 42 anos, ; b) se não subtraiu, nem matou: concurso material entre roubo (ou furto) tentado e homicídio qualificado tentado, com pena total mínima de 5 anos e 3 meses, e máxima de 10 anos e 6 meses, c) se subtraiu, mas não matou: concurso entre roubo consumado e homicídio doloso qualificado na forma tentada, com pena mínima de 8 anos e máxima de 20 anos; d) se não subtraiu, mas matou: concurso entre roubo tentado e homicídio doloso qualificado consumado, com pena mínima de 13 anos e 3 meses e máxima de 38 anos.

Ressalta-se ainda, neste caso, que grande será a consequência processual penal advinda deste posicionamento, qual seja, o deslocamento da competência para o Tribunal do Júri, uma vez que se tratará, não mais de delito patrimonial, mas sim de crime contra a vida.

Esta, é a tida por nós como a melhor e mais coerente solução que se pode dar ao caso, melhor até mesmo do que possíveis mudanças legislativas, da qual passamos agora a discorrer.

## **7.2 Da proposta de mudança legislativa**

Como mudança legislativa, propomos, como a melhor solução por nós vislumbrada à situação caso se quisesse mudar o código penal de modo a incluir dispositivos neste diploma legal, que se criasse, dentro do título dos crimes contra a vida, um dispositivo penal próprio e, explicitamente, nomeado de latrocínio, nos seguintes termos:

Latrocínio

Art. 121-A. Matar alguém para subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem ou, depois de realizada a subtração, para assegurar a posse ou detenção da coisa, ou para garantir a fuga do agente.

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Parágrafo único: à subtração aplica-se o art. 155 deste código.

Deste modo, teríamos solucionada a situação quando se tratasse de morte dolosa, havendo, entretanto, homicídio culposo, assim deveria ser o dispositivo penal correspondente:

Art. 157.

(...)

Parágrafo 3. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de 5 (cinco) a 13 (treze) anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de 7 a 15 anos.

Ficando evidenciando, assim, que se trata de lesão corporal e morte culposas, portanto de delitos qualificados pelo resultado, essencialmente, preterdolosos.

Porém e para finalizar nossas sugestões *de lege ferenda*, e também para que possamos manter a coerência com a solução por nós apresentada como a mais adequada ao caso do latrocínio e do roubo qualificado pelo resultado morte (qual seja, a aplicação do concurso de delitos em ambas hipóteses), sugerimos, pura simplesmente, que o §3º do art. 157 seja suprimido do Código Penal, deixando, assim, o espaço livre, e sem embaraços doutrinários e jurisprudenciais, para a aplicação dos concursos de delitos por nós defendido, dando, portanto, a base legal que faltava à nossa solução doutrinária.

## **8. CONCLUSÃO**

Muito já se discutiu acerca do latrocínio no Direito Penal brasileiro. Sua real topografia penal, o elemento subjetivo do resultado morte e seu momento consumativo.

Vimos que não só no Brasil, mas em diversos outros países prosperou igual debate jurídico, sendo famosa e bem desenvolvida, por exemplo, a contenta argentina sobre a questão.

Aliás, vimos também que seu conceito sempre foi nebuloso, seja pelas críticas que recebe desde o Código Criminal do Império, seja pela duplicidade de sentido encontrada nos dicionários, seja pela falta de uma definição constante ao longo da história do delito ou mesmo pela diversidade de tratamento conferida pelos principais ordenamentos jurídico- penais mundiais (italiano, espanhol e alemão).

No específico caso brasileiro, demonstramos inconformismo com a estranha pacificação que o tema aparenta, em que pesem as diversas e veladas críticas dos doutrinadores e mesmo de magistrados sobre a atual solução (que, tristemente, se vêem obrigados a tomar, ao invés de se vêem obrigados a criticar).

Comungamos do pensamento de que o autêntico e verdadeiro latrocínio está previsto, genericamente, na figura do homicídio qualificado teleológico (art. 121, , §2º, inciso V): quando o agente, para perpetrar a subtração ainda não consumada, para assegurar a posse ou detenção da coisa já obtida, para possibilitar sua fuga após o roubo, ou para garantir sua impunidade em relação ao delito patrimonial, mata a vítima. Esta seria, portanto, a verdadeira posição legislador brasileiro quanto ao latrocínio; se outra era sua intenção, não foi, porém, o que conseguiu fazer e criar.

No caso do art. 157 §3º , teríamos apenas, então, um delito de roubo qualificado pelo resultado morte, com natureza jurídica de crime preterdoloso, porém, note-se, com uma pena demasiadamente alta que, além de ser a causadora de toda a má e superficial interpretação dada à temática desta monografia, acabou por eivar o dispositivo de inconstitucionalidade, impossibilitando, dessa maneira, por completo a sua aplicação penal, seja qual for a situação imaginada.

Defendemos, portanto e assim, a aplicação, seja caso de morte dolosa ou culposa, do concurso de delitos, que revela ser, para nós, não só a melhor e mais

dogmática solução dada ao problema do modo como ele hoje se apresenta, mas também, e ao estilo da elogiável solução do direito italiano, revela ser a melhor e mais inteligente opção que pode ser adotada por todo e qualquer ordenamento jurídico.

Desse modo, pensamos sim existir o latrocínio em nosso ordenamento jurídico pátrio, mas não como delito complexo e autônomo previsto dentro dos crimes contra o patrimônio, mas sim com parte de uma genérica qualificadora do principal crime contra a vida previsto em nosso código (homicídio).

Para isto, portanto, defendemos como solução *de lege ferenda*, não a criação de mirabolantes artigos e soluções legais, mas simplesmente a supressão do §3º do art. 157 do Código Penal, como forma de descomplicar o que já deveria ser fácil. Facilitando desse modo o entendimento da tentativa e dando real e satisfatória proteção aos bens jurídicos tutelados.

Por fim, ressaltamos que nosso objetivo, ao tecer este humilde e ínfimo trabalho científico, foi primordialmente, não de convencer ninguém acerca de nosso posicionamento doutrinário ou mesmo de tentar mudar a jurisprudência já consolidada deste país e que consagra, por sua vez, aquele que talvez seja o maior equívoco penal de toda nossa literatura jurídica, até mesmo por que nosso pequeno e insignificante conhecimento jurídico jamais seria capaz disto realizar, mas nosso objetivo primordial foi sim o de jogar um pouco de dúvida e incerteza naquilo que, infelizmente, aparenta ser impossível de despertá-las (estas dúvidas e incertezas) até mesmo nos mais nobres e renomados aplicadores do Direito brasileiro; e quem sabe, assim, tenhamos conseguido contribuir, mesmo que infimamente, para a elevação da presente e interessante discussão doutrinária ao nível científico que, de fato, sempre mereceu ocupar, mas nunca, satisfatoriamente, ocupou.

## 12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Latrocínio**. São Paulo: Malheiros, 1997;

BATISTA, Weber Martins. **O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002;

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo:Martin Claret, 2003;

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004;

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2004;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2003;

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral**. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956;

CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge E. **Derecho penal: parte especial**. 7. ed., actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. 2 t.

FONTÁN BALESTRA, Carlos; LEDESMA, Guillermo A. C. **Derecho penal: parte especial**. 16. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**, 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

COIMBRA, Mário. **O Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 2002;

MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982;

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

RANIERI, Sílvio. **O Crime Complexo**. São Paulo: Qaurtier Latin, 2006;

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tip. Ed. Argentina, 1951. 5v.

WELZEL, Hanz. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrinação da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;