

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Bruno Benetti

LATROCÍNIO: UM CRIME ESTRITAMENTE PRETERDOLOSO (?)

**Porto Alegre
2015**

BRUNO BENETTI

LATROCÍNIO: UM CRIME ESTRITAMENTE PRETERDOLOSO (?)

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre
2015

BRUNO BENETTI

LATROCÍNIO: UM CRIME ESTRITAMENTE PRETERDOLOSO (?)

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves,
Orientadora

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Pablo Rodrigo Afllen da Silva

AGRADECIMENTOS

Ao chegar ao fim do curso de Direito, percebemos que diversas pessoas foram fundamentais nesta caminhada. Afinal, não se vai a lugar algum sozinho.

Primeiramente, agradeço aos meus avós, Rosa e Daniel, pelo amor incondicional e por sempre me apoiarem quando mais precisei, me ajudando diversas vezes no decorrer de minha vida. Sem dúvida não finalizaria a presente graduação se não fossem vocês.

Agradeço, também, aos meus pais Renato e Daniela, pela vida e pela criação que me deram. Estendo os agradecimentos ao meu irmão Gabriel e ao restante da família, que sempre estiveram lá quando precisei.

Cabe um agradecimento especial, ademais, à minha amada Alessandra, minha melhor amiga e companheira de todas as horas. Sem a tua ajuda também não estaria me formando, estou certo disso.

Deixo meu sincero agradecimento, ainda, aos amigos que me apoiaram em minha trajetória. Em especial aos colegas da Faculdade de Engenharia Química e da Faculdade de Direito, além dos amigos dos tempos de Colégio Militar.

Agradeço também aos professores da Casa, pelos ensinamentos não apenas técnicos, mas de vida também. Em especial, agradeço à minha orientadora Professora Vanessa, pelo espírito crítico e por sempre instigar a reflexão e a pesquisa em seus alunos. Agradeço-lhe também pela paciência e por ser tão sensível às necessidades dos alunos.

Finalmente, agradeço aos colegas dos lugares onde estagiei. Destaco as pessoas com quem convivi na 3ª Vara da Infância e da Juventude, além dos servidores e demais estagiários do Gabinete 29 do Tribunal Regional Federal, por sempre confiarem em mim e me fazerem acreditar que sou capaz de realizar coisas importantes. Em especial, ao Zenone e à Rejane, excelentes pessoas que tornaram minhas tardes no Tribunal muito agradáveis, além de me ajudarem a crescer pessoal e profissionalmente.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro lida com o crime de latrocínio. Nossos juristas, de forma amplamente majoritária, consideram que o resultado morte qualificador do crime de roubo (artigo 157, § 3º, parte final do Código Penal) pode se dar tanto dolosa quanto culposamente. Assim, entendem que o latrocínio pode ser inteiramente doloso ou preterdoloso, indistintamente. Sob um viés crítico, investiga-se se o atual enquadramento típico está sendo feito de forma correta. Pretende-se demonstrar que o roubo qualificado pelo resultado morte foi inicialmente instituído como um crime apenas preterdoloso. Entretanto, devido à imprecisa redação legal e às altas penas cominadas, com o tempo passou-se a aceitar também o dolo no tocante ao resultado morte. Tal entendimento acarreta graves vícios de inconstitucionalidade, uma vez que viola princípios relevantes tais como o da Legalidade, da Proporcionalidade e da Individualização da Pena. Ao final, buscam-se soluções de como poderiam ser as redações dos tipos legais, para eliminar os problemas atualmente existentes.

Palavras-chave: Latrocínio. Roubo qualificado. Crimes preterdolosos.

ABSTRACT

This work aims to analyze how the Brazilian legal system deals with the crime of robbery with murder. Our lawyers, widely majority way, consider that the resulting death qualifier of the theft crime (Article 157, § 3, final part of the Criminal Code) can give as much as willful guiltily. So they understand that the robbery may contain an intentional murder or a guilty homicide, indistinctly. Under a critical bias, it investigates whether the current typical framework is being done correctly. It is intended to demonstrate that the qualified theft by death result was initially set up as an only guilty crime. However, due to imprecise legal text and high penalties stipulated, in time to also accept it moved deceit regarding the death outcome. Such an understanding has serious vices of unconstitutionality, since it violates relevant principles such as the legality, proportionality and sanction individualization. Finally, we seek solutions of how could the new legal types be, in order to eliminate controversial points.

Key-words: Theft and Murder. Qualified crimes. Non intentional crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1ª PARTE: NOÇÕES PRELIMINARES	11
1. Princípios de Direito Penal e sua relevância	11
1.1 O Princípio da Legalidade	12
1.1.1. <i>nullum crimen nulla poena sine lege stricta</i>	13
1.1.2. <i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>	13
1.1.3. <i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>	13
1.1.4. <i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>	14
1.2. O Princípio da Individualização da Pena	14
1.3 O Princípio da Proporcionalidade	15
2. Tipo, Tipicidade e Juízo de Tipicidade	17
3. Breves considerações acerca do crime de roubo	20
4. Latrocínio	23
4.1. Consideração como crime complexo autônomo	24
5. Crimes preterdolosos e qualificados pelo resultado	27
2ª PARTE: ANÁLISE DO PROBLEMA E SUA PROVÁVEL ORIGEM	32
1. Da necessidade de haver ao menos culpa em relação ao homicídio	32
2. Possibilidade de dolo quanto ao resultado qualificador morte	34
2.1 Análise gramatical - a expressão “se da violência resulta”	35
2.2. Análise sistemática	38
2.2.1. Latrocínio e estupro seguido de morte - algumas incongruências	42
2.2.2. Latrocínio e homicídio qualificado	44
2.3. Análise teleológica – A finalidade das espécies qualificadas pelo resultado e sua relação indissociável do delito-base	45
3. A problemática da prevalência do crime-fim sobre o crime-meio, conferindo papel secundário à vida.	47

3.1. A questão da tentativa	47
3.2. A competência para julgamento do latrocínio	51
3.3. A consideração de latrocínio único no caso de diversos homicídios	52
4. A inconstitucionalidade do crime de latrocínio em nosso ordenamento	53
4.1. Violação ao Princípio da Proporcionalidade	54
4.2. Violação ao Princípio da Individualização das Penas	56
4.3. Violação ao Princípio da Legalidade	56
5. Provável origem do problema	57
3ª PARTE: DIREITO COMPARADO E SOLUÇÕES	60
1. O latrocínio no Direito Comparado	60
2. Anteprojeto de Código Penal - Projeto de Lei de nº 236 do Senado Federal.	62
3. Possíveis soluções	63
3.1. Possível tratamento para o roubo qualificado pela morte culposa.....	63
3.2. O enquadramento dos casos de roubo com homicídio doloso	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A segunda parte do § 3º do art. 157 do Código Penal (CP) pátrio, ao utilizar a expressão "se resulta morte", trouxe uma hipótese de exasperação da punibilidade em decorrência da maior gravidade do resultado, tipificando o crime de roubo qualificado pela morte, conhecido por latrocínio. Embora envolva necessariamente o resultado morte, este delito não está previsto dentre os crimes dolosos contra a vida, mas sim dentre os crimes contra o patrimônio, sendo portanto julgado por um juiz singular. Além disso, trata-se de um crime hediondo, sendo cumprido inicialmente em regime fechado, e insuscetível de anistia, graça ou indulto.

O delito de latrocínio, ademais, é do tipo complexo. Compõe-se, com efeito, de duas condutas criminosas, um roubo e um homicídio. Certamente que o roubo, em virtude de abranger a violência, apenas pode ser doloso. O homicídio, por outro lado, pode ser cometido tanto dolosa quanto culposamente. Apesar do crime de roubo qualificado pelo resultado morte ter sido inicialmente tipificado como um crime preterdoloso, com o tempo a doutrina e jurisprudência pátrias passaram a aceitar também a modalidade dolosa de homicídio para fins de caracterização do referido crime, como será oportunamente demonstrado. Assim, muito em virtude da alta pena cominada, passou-se a aceitar que o § 3º do artigo 157 de nosso CP comportaria o resultado qualificador morte praticado de maneira culposa ou dolosa, indistintamente. A existência do latrocínio dito "ambivalente", então, foi pacificamente aceita em nosso ordenamento.

Nesta senda, a reflexão que se propõe, em suma, é acerca da tipificação legal do latrocínio. Seria condizente com a sistemática de nosso ordenamento jurídico que duas formas distintas de um mesmo crime tenham uma mesma sanção cominada? Essa solução está de acordo com nossos princípios constitucionais penais? Atribuir uma mesma pena a um latrocínio puramente doloso e a outro preterdoloso parece causar repulsa até mesmo aos que desconhecem a dogmática penal. Matar alguém com um tiro à queima-roupa para roubar bens patrimoniais é muito diferente de, num contexto de roubo, causar o resultado morte de forma involuntária. Certamente que o julgador, ao analisar o caso concreto, apreciará os fatos e fará a dosimetria da pena, nos termos do artigo 59 do CP, todavia o enquadramento legal idêntico para as duas espécies de latrocínio parece estar em desacordo com nosso sistema constitucional

penal. Conferir demasiado valor ao resultado, em detrimento da real vontade do agente, fere o bom-senso e a proporcionalidade, principalmente em virtude da alta pena cominada, 20 a 30 anos de reclusão - uma das mais altas de nosso ordenamento, por sinal.

Comparando a espécie delitiva em questão com outros crimes afins, certifica-se da envergadura do problema. O roubo qualificado pela morte, da forma como vem sendo empregado pela doutrina, apresenta uma flagrante desproporcionalidade não apenas “interna” (mesma tipificação nas espécies preterdolosas e inteiramente dolosas), mas também “externa”, se o compararmos a outros delitos. Tome-se o crime de homicídio torpe, a título de exemplo: atribui-se, nos casos de assassinato de ascendentes para obtenção da herança, uma pena muito inferior aos casos de morte culposa num contexto de roubo, como por exemplo quando há um disparo acidental de arma de fogo durante um assalto, ou mesmo quando a vítima é atingida ao tentar desarmar o agente.

Igualmente, a impressão que fica é que nossos juristas criaram uma “anomalia jurídica”, realizando uma espécie de tipicidade invertida, ao definir a natureza do delito em função da pena, e não o contrário. A alta pena cominada ao latrocínio parece estar servindo de legitimação para enquadrar crimes diversos na mesma figura típica, em detrimento de uma série de garantias penais. Se no Direito Penal não há espaço para insegurança, pois é o ramo do Direito que protege o indivíduo frente a arbitrariedades estatais – além de lidar com um dos bens jurídicos mais importantes, a liberdade – o devido enquadramento legal das condutas, valorando-as como típicas ou atípicas, é medida que se impõe para a obtenção de segurança jurídica.

O trabalho é dividido em três partes. Na primeira parte, são abordados conceitos fundamentais para o enfrentamento do tema. Conceituam-se alguns princípios constitucionais penais sobre os quais, posteriormente, é estudada eventual violação. Apresentam-se, além disso, conceitos básicos sobre os elementos constitutivos do crime em seu aspecto material, com destaque para a tipicidade. A seguir, estuda-se o tipo de penal de roubo tal como é posto em nosso Código Penal, com uma breve análise de suas modalidades, enfatizando-se, por fim, o parágrafo 3º, derradeiro objeto do presente trabalho.

Na segunda parte do trabalho, parte-se para a argumentação propriamente dita. Valendo-se dos argumentos sistemático, gramatical e teleológico, demonstra-se que, em relação ao resultado qualificador morte, não há que se falar em conduta dolosa. Investigam-se alguns problemas decorrentes do atual tratamento dispensado ao tema, tais como a problemática da tentativa e a questão da competência do juízo singular.

Na terceira e última parte, propostas para solucionar o problema são apresentadas. Além da análise do atual Código Penal, não será esquecido também o Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236 do Senado Federal), não obstante esteja ainda em trâmite no Congresso Nacional. As legislações estrangeiras também não serão ignoradas, uma vez que a análise de direito comparado também é fundamental para a busca de soluções.

1ª PARTE: NOÇÕES PRELIMINARES

Para a melhor compreensão do problema, algumas noções preliminares devem ser explicitadas antes da análise do problema objeto do presente trabalho. Essas noções servirão, futuramente, como ferramentas para a tomada de conclusões e para a almejada busca de soluções para as incongruências encontradas.

1. Princípios de Direito Penal e sua relevância

Princípios são uma espécie do gênero norma¹, seguindo a lição de Humberto Ávila, que assim os conceitua:

(...) normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²

Essas normas atribuem, segundo o autor, fundamento a outras normas de nosso ordenamento. Indicam, outrossim, fins a serem promovidos (são prescrições finalísticas). Por não preverem o meio para a sua promoção, são dotados de alto grau de indeterminação (generalidade material)³.

Não se tem aqui a pretensão de estudar todos os princípios penais, o que fugiria ao escopo do trabalho, será realizada apenas uma breve menção aos mais relevantes. Analisam-se, a seguir, os Princípios da Legalidade, da Individualização da Pena e da Proporcionalidade.

¹ As outras duas espécies são as regras e os postulados normativos.

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.85.

³ *Ibidem*. p.136.

1.1. O Princípio da Legalidade

Costumeiramente enunciado por meio do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴, o Princípio da Legalidade é dos mais importantes em matéria de Direito Penal, representando, para Francisco Toledo, uma “real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais”.⁵ Significa, em suma, que nenhum fato será considerado crime e nenhuma sanção será imposta sem que o fato e a respectiva pena tenham sido instituídos por lei. Em outras palavras, como alerta Andrei Schmidt, a própria existência de uma infração penal e de uma pena estão adstritas à respectiva previsão legal específica.⁶ Em nosso ordenamento, está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, e também no Código Penal, no artigo 1º.

O Princípio da Legalidade penal possui uma face material e outra formal. Rogério Greco explica que um conceito de legalidade meramente formal não se sustenta nos tempos atuais, sendo necessário investigar também a compatibilidade material com a Constituição.⁷

Sobre a abrangência do Princípio da Legalidade material, Andrei Schmidt sustenta que o referido princípio vincula não somente a forma como o Direito Penal é criado, mas também o conteúdo de sua criação. Vincula operadores dos três poderes, além de responder à pergunta “o que proibir?”, e não somente à pergunta “como proibir?”, com a formação do brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*.⁸

O viés formal do referido princípio, por sua vez, subdivide-se em quatro vertentes, devendo a lei ser *stricta, scripta, praevia e certa*:

⁴ Fórmula construída por Feuerbach no começo do século XIX.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.21.

⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.135.

⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p.142-144.

⁸ SCHMIDT, *op. cit.*, p.273.

1.1.1. *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*

Proíbe-se aqui a aplicação de analogia para fundamentar ou agravar a pena. A analogia que se deve afastar, evidentemente, é aquela que agrava a situação do acusado (*in malam partem*) e não aquela que lhe traz benefícios (*in bonam partem*)⁹.

Essa vertente do Princípio da Legalidade impõe, segundo Andrei Schmidt, que a criação de um delito seja feita somente por lei em sentido formal, bem como que “aos juízes somente seja dado o poder de aplicar sanções mediante uma interpretação restritiva da lei penal.”¹⁰

1.1.2. *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

Essa outra faceta, por sua vez, afasta a utilização do direito consuetudinário para fins de aplicação ou agravamento da sanção penal. Francisco Toledo, contudo, ressalta que o direito costumeiro não está totalmente abolido do âmbito penal, sendo de grande importância não só para elucidar o conteúdo dos tipos, mas também servindo como causa supralegal de exclusão da ilicitude, de atenuação da pena ou da culpa, hipóteses em que se configura em autêntica fonte do Direito Penal.¹¹

1.1.3. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

Evita-se aqui a surpresa, ao mesmo tempo em que se prestigia a segurança jurídica. Ninguém pode ser punido pela prática de comportamento sobre o qual, na época da ação ou omissão, o Direito Penal era indiferente¹². A repressão penal deve ser utilizada contra aquele que, tendo conhecimento da lei – ainda que de forma presumida – optou mesmo assim por praticar o delito¹³.

Conforme Andrei Schmidt, ao se interpretar a anterioridade às avessas, chega-se ao princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, o qual preconiza

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.26-27.

¹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.147.

¹¹ TOLEDO, *op. cit.*, p.25.

¹² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p.144.

¹³ SCHMIDT, *op.cit.*, p.206.

que uma lei que institua uma proibição penal, ou então que agrave as consequências de determinado fato, só terá aplicação a partir de sua entrada em vigor. Além disso, eventual lei que mitigue consequências da intervenção penal terá aplicação retroativa aos fatos anteriores.¹⁴

1.1.4. *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

Por fim, há o quarto aspecto do Princípio da Legalidade penal, o qual exige que a lei seja certa. No magistério de Francisco Toledo, lei certa diz respeito à clareza dos tipos, os quais devem ser, na medida do possível, desprovidos de dúvidas. Deve-se evitar também o emprego de normas excessivamente gerais ou tipos genéricos, vazios.¹⁵

Andrei Schmidt complementa que este desdobramento decorre não só da separação dos poderes, mas também da taxatividade da lei penal. A lei penal indeterminada ou imprecisa, segundo o autor, deixa o cidadão desprotegido frente à arbitrariedade estatal, ao mesmo tempo que infringe o princípio da separação dos poderes, uma vez que permite ao juiz fazer qualquer interpretação que deseje, invadindo a esfera legislativa.¹⁶

Este último aspecto do princípio da legalidade é especialmente importante para o presente estudo, uma vez que será também questionado se o § 3º do artigo 157 de nosso Código Penal realmente define o crime de latrocínio com todas as suas características, respeitando as exigências de lei certa e precisa.

1.2. O Princípio da Individualização da Pena

Conforme Guilherme Nucci, individualizar “possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém dentro de um contexto”, e tem por finalidade evitar a padronização da pena, fazendo com que cada indivíduo tenha a

¹⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.208.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.29.

¹⁶ SCHMIDT, *op. cit.*, p.236-268.

exata sanção que lhe cabe¹⁷. Maria Karam, sobre o princípio em comento, afirma ser cada condenação uma situação particular, cada indivíduo diverso do outro, e por consequência cada crime também diferente do outro. Dessa forma, ao impor a pena estará o juiz individualizando-a, considerando o indivíduo que praticou o crime no caso concreto.¹⁸

Na época da Idade Média, quando aos juízes era permitido fixar as penas conforme sua vontade, o arbítrio judicial era causa de grande insegurança e injustiça social. Nas palavras de Cezar Bitencourt, “um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval”.¹⁹

Com o advento do Iluminismo, mudou-se para o extremo oposto: para cada delito fixou-se uma pena exata, cabendo ao magistrado apenas o papel de declarar a sanção correspondente, de uma forma até mecanizada. Ainda conforme o mesmo autor, na concepção de Beccaria, o juiz deveria apenas aplicar a lei em seus estritos termos, não lhe cabendo nem mesmo interpretá-la.

O citado autor conclui que tanto a “indeterminação absoluta” quanto a “absoluta determinação” foram percebidas como inconvenientes. A evolução do Direito Penal trouxe, por fim, uma indeterminação relativa: em 1810, estabeleceu o Código Penal francês limites máximo e mínimo, cabendo ao juiz mensurar a pena no caso concreto, de forma fundamentada.²⁰

1.3. O Princípio da Proporcionalidade

Proporcionalidade, em verdade, é um postulado normativo, não se confundindo com a ideia de proporção. Para a sua correta aplicação, deve haver um meio e um fim, com uma relação de causalidade entre os dois elementos. Possui,

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.29-30.

¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade**, v.7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.32.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.771.

²⁰ Ibidem. p.771.

segundo Humberto Ávila, aplicação dita “trifásica”, englobando o exame da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito²¹.

Em matéria de Direito Penal, significa que o exagero e a extrema liberalidade na cominação das penas devem ser afastados, ou seja, “as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida”²². A pena deve ser adequada ao delito em alguma medida²³. Mas o que seria uma pena adequada, e com base em que critério? Com a compreensão do Direito Penal como ramo da ciência do direito responsável por tutelar os bens jurídicos mais importantes, conclui-se que o melhor critério é a lesão (ou ameaça de lesão) ao bem jurídico tutelado pela norma, a qual deve pautar a cominação de uma pena mais ou menos severa, conforme o bem jurídico em questão tenha sido afetado.

Complementa Rogério Greco que a proporcionalidade deve obrigatoriamente ser aferida em dois momentos distintos: quando da cominação das penas em abstrato e, posteriormente, quando da aplicação das penas ao caso concreto. No primeiro sentido, a sanção deve ser “proporcional à gravidade do mal produzido pelo agente com a prática da infração penal”, devendo possuir, ademais, efeito dissuasório, “que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva”. Além da adequação legislativa, há também o segundo momento de aplicação do princípio, agora de competência do juiz, que deve impor a sanção adequada à gravidade do delito que foi executado, valendo-se para tanto de certa margem de discricionariedade.²⁴

Conclui o referido autor que é possível extrair duas vertentes do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso (“Übermassverbot”) e a proibição de proteção deficiente (“Untermassverbot”). A primeira evita a punição desnecessária de comportamentos penalmente irrelevantes, sob a ótica da lesividade da conduta. A segunda vertente não admite que “um direito fundamental seja deficientemente

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.183-185.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.89.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.366.

²⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p.111-113.

protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância do bem jurídico”²⁵.

2. Tipo, Tipicidade e Juízo de Tipicidade

Já diria Luiz Prado que o Direito Penal é um Direito tipológico²⁶. Certamente que o problema de se qualificar uma determinada conduta do mundo real como crime é, basicamente, um problema de tipicidade. Exemplificando: a dúvida se um roubo seguido de um homicídio doloso é um latrocínio ou um concurso material entre os dois crimes é, antes de tudo, uma dúvida de juízo típico. Dessa forma, primeiramente são necessárias algumas definições de conceitos basilares, tais quais o de tipo (aqui também com uma sucinta apresentação da localização do elemento subjetivo do tipo na atual dogmática penal), tipicidade e juízo de tipicidade.

O delito, numa perspectiva analítica-tripartida, pode ser metodologicamente conceituado como a conduta típica, ilícita e culpável. Desses três elementos, é sobre o primeiro – conduta típica, ou simplesmente tipicidade - que este trabalho debruçar-se-á com mais exatidão. De forma mais específica, será dada ênfase à análise de como se dá a adequação típica de um delito comum nos dias de hoje: o roubo qualificado pelo resultado morte, denominado de latrocínio pela ampla maioria da doutrina.

José Marques ensina que na esfera jurídico-penal não pode haver fato relevante que não se “enquadre em uma das definições contidas nas regras preceptivas da norma penal”.²⁷ Sabe-se, no entanto, que nem sempre é fácil proceder nesse enquadramento da forma juridicamente correta. Se, nas palavras de Aníbal Bruno, a própria existência do tipo foi imposta ao Direito Penal com o fim de segurança²⁸, a dúvida de valoração gera, no extremo oposto, pura insegurança. A existência da tipicidade – e do próprio princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* – é uma garantia do indivíduo frente à arbitrariedade estatal, ou como escreve

²⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p.114-115.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.284.

²⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v.2**. Campinas: Bookseller, 1997. p.25.

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: tomo 1**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.339.

Nélson Hungria: “representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”.²⁹

O tipo penal pode ser entendido como a descrição legal de uma conduta, abstratamente posta em nosso ordenamento. Ou então, nas palavras de Cezar Bitencourt, como o “conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal”.³⁰ Viu-se que, em respeito à exigência de lei *certa*, o tipo deve delimitar ao máximo a conduta proibida. Guilherme Nucci assevera que a existência dos tipos penais permite concretizar o princípio da reserva legal, possuindo as funções de delimitar o que é penalmente ilícito, dar garantia aos destinatários da norma e conferir fundamento à ilicitude penal.³¹ Cezar Bitencourt ensina que o tipo compõe-se de elementos descritivos, normativos e subjetivos. Estes últimos – dos quais o dolo é um exemplo -, permitem “compreender a ação ou omissão típica não só como um processo causal cego, mas como um processo causal dirigido pela vontade humana para o alcance de um fim”.³² Assim, é imprescindível analisar a real vontade, o exato desígnio do agente para averiguar se certo comportamento é ou não típico³³.

Sobre o desenvolvimento histórico do conceito, o referido autor relata que o tipo, da forma como compreendido hoje - como uma categoria sistemática autônoma -, foi criado pelo autor alemão Ernst von Beling em 1906, através da obra “Die Lehre Von Verbrechen”. Sustenta ainda o professor que “o maior mérito de Beling foi tornar a *tipicidade* independente da *antijuridicidade* e da *culpabilidade*, contrariando o sentido originário do *Tatbestand* inquisitorial que não fazia essa distinção”. Numa primeira fase, a natureza do tipo penal era objetiva e neutra, “livre de valor”, uma vez que até então os elementos subjetivos integravam a culpabilidade. Prossegue o autor afirmando que, na concepção inicial de Beling acerca do tipo, este possuía

²⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.22.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.344.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.197.

³² BITENCOURT, *op. cit.*, p.350.

³³ Segundo Cezar Bitencourt, os elementos descritivos (também chamados de “objetivos”) podem ser identificados apenas com a percepção dos *sentidos*. Os elementos normativos, por sua vez, envolvem um *juízo de valor* para serem compreendidos. (*op. cit.*, p. 349-350)

uma função “meramente descritiva, competindo à *norma* a valoração da conduta”³⁴. Por fim, chegou-se à atual fase do finalismo ou da tipicidade complexa, em que, segundo o mesmo escritor:

O tipo passa a ser uma *realidade complexa*, formada por uma parte objetiva – tipo objetivo -, composta pela descrição legal, e outra parte subjetiva – tipo subjetivo -, constituída pela *vontade reitora*, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas. A parte objetiva forma o *componente causal*, e a parte subjetiva o *componente final*, que domina e dirige o comportamento causal.

O alemão Hans Welzel, criador da teoria finalista da ação, afirma que a vontade é a “espinha dorsal da ação finalista”, de modo que a ação é um acontecimento final e não apenas causal. Segundo o autor, isso se deve ao fato do ser humano ser capaz de prever as consequências de seus atos (dentro de certos limites, é verdade), sendo apto, portanto, a dirigir suas ações para um determinado fim. Nessa senda, tece críticas à teoria causal da ação, a qual considera “cega” e que “converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer”.³⁵

Juarez Cirino conclui que, com o advento da teoria final da ação, “completa-se a subjetivação do conceito de tipo: a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato é retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo.”³⁶ Assim, tem-se o elemento subjetivo – dolo ou culpa – atualmente como parte integrante do tipo penal, tema também de vital importância no presente estudo. Como consequência, para o correto enquadramento legal (através do juízo de tipicidade) deve a conduta preencher não só os elementos ditos objetivos do tipo, mas também os subjetivos, que nem sempre se apresentam de forma explícita.

Tipicidade ou adequação típica, segundo o magistério de Aníbal Bruno, é a conformidade do fato à diretriz legalmente traçada, ou seja, a “característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal”.³⁷ Aduz Cezar

³⁴ Beling posteriormente reformulou sua teoria, estabelecendo a distinção entre o tipo de delito (*Deliktypus*) e figura reitora (*Leitbild*), mas sem retirar o papel independente de função descritiva do tipo.

³⁵ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.31-41.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p.102.

³⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: tomo 1**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.341.

Bitencourt que a adequação típica pode se dar de forma imediata ou mediata. A adequação típica será imediata quando o fato se subsume no modelo legal “sem a necessidade da concorrência de qualquer outra norma”, de que o homicídio seria um exemplo. Por outro lado, a adequação típica será mediata quando depender da incidência de outra norma, normalmente presente na Parte Geral do Código Penal, que causa a ampliação da figura típica, de que seriam exemplos a tentativa e a participação em sentido estrito.³⁸

Quando o aplicador do direito enquadra um fato da vida real no modelo abstrato descrito em lei (tipo), para qualificar este fato de ilícito penal, ele está a fazer um juízo de tipicidade, que vem a ser, segundo Cezar Bitencourt, a “operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei”.³⁹ Esse enquadramento, realizado com auxílio dos métodos interpretativos, não é realizado de forma livre, devendo obedecer aos ditames constitucionais do Direito Penal.

Os princípios penais, em especial os já analisados, da Legalidade, da Proporcionalidade e da Individualização da Pena, nortearão o aplicador do direito na busca de soluções justas aos casos concretos, de acordo com a linha interpretativa ditada pela Constituição Federal de 1988.

3. Breves considerações acerca do crime de roubo

Escreve João Carollo que o crime de roubo é “primo dileto” do furto, e foi assim considerado por diversos ordenamentos ao longo do tempo. Os Direitos Germânico e o Romano tiveram importante contribuição no desenvolvimento do referido crime: ao tempo da Idade Média, o primeiro dava preponderância à tipificação da violência, enquanto que o segundo entendia com maior gravidade o roubo como um todo, englobando a ofensa ao patrimônio e à pessoa.⁴⁰

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.346

³⁹ Ibidem. p.345.

⁴⁰ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.169-173.

Analisando o crime de roubo em diversos países, destaca o citado autor que no Direito penal francês o crime em questão não é tipificado de forma autônoma, sendo considerado um furto com violência ou ameaça à pessoa, diferentemente do Código Penal Italiano de 1930 (utilizado como base pelo Código Penal brasileiro de 1940), o qual tipificava o crime de roubo de forma autônoma. Ressalta que o roubo “poderia perfeitamente fazer parte de um parágrafo do art. 155 do CP, se assim o legislador desejasse”.

Relaciona ainda o mesmo autor as possíveis classificações do crime de roubo. É um crime complexo, pois é a junção de várias figuras típicas. Além disso, é um crime comum, material, comissivo (em regra, salvo quanto à possibilidade de garantidor), de forma livre, instantâneo, de dano, monossubjetivo e plurissubsistente. Destaque-se que também é um crime apenas doloso, não existindo na forma culposa.⁴¹ Por ora, serão analisadas as diversas modalidades de roubo existentes, as quais estão tipificadas no Código Penal brasileiro a partir do artigo 157, dentre as quais o roubo próprio e o impróprio.

O *caput* do referido artigo tipifica o chamado roubo próprio, em que a violência ou grave ameaça são praticadas antes ou durante a subtração, como forma de obtenção da coisa. Por outro lado, tem-se no § 1º do artigo 157 o roubo impróprio, em que a violência ou a grave ameaça são utilizados para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída.

Cezar Bitencourt destaca que o momento do emprego da violência, bem como sua finalidade, é que definem um roubo como próprio ou impróprio. Seriam, portanto, “diferenças temporais e teleológicas”.⁴² Hugo Mazzilli escreve que o mesmo roubo não pode ser ao mesmo tempo próprio e impróprio. Se há violência antes, durante e depois da subtração, ocorre roubo próprio. As violências posteriores à subtração, nesta hipótese, constituiriam crime autônomo. Se não fosse assim, estar-se-ia assegurando a impunidade aos agentes, que após cometerem o roubo estariam livres para realizar toda sorte de violência, sem responder por isso.⁴³

⁴¹ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.213.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.158.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Observações sobre o crime de roubo. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p.860.

No § 2º do mesmo artigo 157, há a previsão do roubo majorado, também chamadas de causas de aumento de pena. São diversas hipóteses em que a pena é aumentada de um terço até a metade, tendo em vista a maior exposição a perigo do bem jurídico tutelado, ou que ao menos diminuem a capacidade de defesa da vítima, como por exemplo o fato da violência ser exercida com emprego de arma, ou ainda se há o concurso de duas ou mais pessoas. Cezar Bitencourt alerta que as hipóteses desses incisos constituem apenas majorantes, não se confundindo com as qualificadoras. Estas últimas, para o citado professor, constituem verdadeiros tipos penais derivados, com limites próprios de pena, enquanto as majorantes seguem o mesmo limite mínimo e máximo disposto no crime do *caput*.⁴⁴ João Carollo adverte que não se pode conjugar as causas de aumento de pena do § 2º com as qualificadoras do § 3º, em virtude de sua localização no artigo 157. Fosse o escopo da norma permitir a combinação, “as circunstâncias deveriam estar depois da qualificadora, nunca antes”.⁴⁵

Por fim, tem-se as duas figuras típicas do § 3º do artigo em exame, que trazem duas hipóteses de resultados que qualificam o crime de roubo, com penas próprias, não seguindo o limite do roubo comum. As penas diferenciadas decorrem da produção de um resultado mais gravoso que, como será posteriormente analisado, deve se dar ao menos a título de culpa. Cezar Bitencourt escreve que pretendeu-se criar duas figuras de crimes qualificados pelo resultado, aduzindo o professor que, para alguns, seriam dois crimes preterdolosos.⁴⁶ Na parte final do § 3º é onde a doutrina pátria, de forma amplamente majoritária, vê tipificado e descrito o crime de latrocínio.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.112.

⁴⁵ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.335.

⁴⁶ BITENCOURT, *op. cit.*, p.122.

4. Latrocínio

Atenta Marco Oliveira que a controvérsia sobre esse delito já inicia com o próprio nome.⁴⁷ Marcelo Barbosa explica que a expressão é referente tanto ao ato de “matar para roubar” quanto a “matar roubando”. Sobre a palavra “latrocínio”, menciona que deriva do latim *latrocinium* (*latro* + *inimum*, “atividade do ladrão”), tendo o verbete *latro* diversas acepções, tais como soldados assalariados (*latrones*) ou militares (*latrones* ou *milites*).⁴⁸

Lembra o supracitado autor que também o crime de latrocínio possuía significados diversos no Direito Romano: poderia ser o delito de matar mediante paga ou promessa de recompensa – aproximando-se nessa acepção ao atual homicídio torpe -, poderia ser o assaltante que matava para roubar ou para ocultar o crime de roubo (latrocida dos dias de hoje) mas poderia também se referir ao soldado contratado por algum nobre para guerras particulares (mercenário).⁴⁹ A palavra *latrocinium*, conforme Álvaro da Costa, surgiu historicamente no Digesto, no texto de Ulpiano.⁵⁰

João Carollo expõe que no Direito brasileiro o termo latrocínio surgiu no livro das Ordenações Filipinas, por meio de Alvará em 1763. O crime voltou a aparecer no Código Criminal do Império, em 1830, bem como no Código Penal de 1890, mas em ambos os casos com uma redação problemática, tal como a atual. O anteprojeto de Nelson Hungria (Código Penal de 1969) tentou solucionar o problema da tentativa, colocando o latrocínio como crime autônomo, mas o mesmo foi revogado ainda em *vacatio legis*.⁵¹

No Código Penal atual, se considera previsto o crime de latrocínio como uma das qualificadoras do roubo, no artigo 157, § 3º, *in fine*, assim disposto:

⁴⁷ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. **Reflexões sobre o crime de roubo qualificado pelo resultado**. p.88.

⁴⁸ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Latrocínio**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.14.

⁴⁹ Ibidem. p.14.

⁵⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: v.2, Tomo II – parte especial**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. p.686.

⁵¹ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.307-308.

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

[...]

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; **se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.**

Observe-se que não há menção ao termo “latrocínio” em nosso atual CP. Octahydes Junior lembra que a expressão, no entanto, é reconhecida expressamente ao ser empregada no art. 1º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)⁵²:

Art. 1º – São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

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

Cezar Bitencourt assinala que a preferência do legislador em não utilizar o *nomen juris* “latrocínio” sugere o destaque de que o latrocínio continua sendo roubo, vale dizer, um crime de natureza patrimonial.⁵³

4.1. Consideração como crime complexo autônomo

A doutrina e jurisprudência brasileiras, de forma amplamente majoritária, sustentam ser o latrocínio um crime complexo e autônomo. Conforme Guilherme Nucci, o latrocínio é um crime complexo – na acepção estrita do termo – uma vez que é um tipo penal formado pela junção de dois outros tipos - roubo e homicídio, neste caso.⁵⁴ Dessa forma, enxerga-se no § 3º do artigo 157 não apenas uma qualificadora do crime de roubo, um desdobramento não desejado do crime-base, mas sim a tipificação perfeita e completa de um novo delito, complexo e autônomo, o

⁵² JÚNIOR, Octahydes Ballan. **Furto, roubo e extorsão: doutrina, jurisprudência e prática jurídica**. Leme: J. H. Mizuno, 2013. p.158.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.125.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.187.

qual se denomina latrocínio. *Data venia*, futuramente procurar-se-á demonstrar o equívoco dessa caracterização.

Sobre os crimes complexos, ensina Francisco Toledo que eles são em geral crimes *pluriofensivos*, uma vez que lesam – ou ao menos expõe a perigo – mais de um bem juridicamente tutelado⁵⁵. Além disso, destaca o jurista que se aplica a eles a regra do art. 101 do Código Penal, no tocante à ação penal pública⁵⁶.

José Marques explica a existência de crimes complexos em sentido *estricto* e em sentido *lato*. No primeiro tipo, do qual o Latrocínio seria um exemplo, os crimes-membros são condutas que, separadamente, são delitos autônomos, mas que quando configurados em unidade complexa dão origem a um novo delito. Nos crimes complexos em sentido *lato*, todavia, a um determinado crime são adicionados novos elementos – os quais podem não ser crimes - para formar um delito novo.⁵⁷ Um exemplo desse segundo tipo seria o delito do art. 339⁵⁸.

O supracitado autor lembra que os crimes complexos não se confundem com os crimes habituais. Nestes, apesar de haver diversas condutas, todas as ações se enquadram num só tipo. Nos crimes complexos, por outro lado, “é imprescindível que em um só crime estejam reunidos pelo menos dois delitos”.

Desta consideração do latrocínio como crime complexo autônomo emanam algumas consequências especialmente relevantes para o presente trabalho. Primeiro, para o enquadramento do latrocínio como crime contra o patrimônio, e não como crime doloso contra a vida. Como bem leciona Néelson Hungria:

Para a classificação do crime complexo, deve ter-se em conta o bem ou interesse cuja lesão representa o escopo final do agente (os crimes-membros *perdem sua autonomia*, para, aglutinados, formarem uma entidade criminal unitária; mas a consideração do bem ou interesse lesado pelo *crime-fim* é que prevalece para a classificação

⁵⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.145.

⁵⁶ Art. 101 - “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.”

⁵⁷ MARQUES. José Frederico. **Tratado de direito penal, v.2**. Campinas: Bookseller, 1997. p.468.

⁵⁸ **Denúnciação caluniosa** – “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (...)”

da unidade complexa, ainda que tal bem ou interesse seja inferior aos lesados pelos crimes-meios ou *famulativos*.⁵⁹ (grifos no original)

Assim, mesmo envolvendo o resultado morte, o latrocínio é tido como um crime contra o patrimônio, o que é só é possível em virtude da perda da autonomia dos crimes-membros, fenômeno que acontece apenas nos crimes complexos. João Parizatto bem esclarece que, no caso do latrocínio, o homicídio representa “tão somente a forma, ou seja, o meio da execução desse crime pela violência”. O fim desejado pelo agente continua sendo a subtração patrimonial.⁶⁰

Com efeito, do enquadramento do latrocínio como crime contra o patrimônio resulta que o julgamento é sempre realizado pelo juiz singular, e não pelo Tribunal do Júri. A doutrina nacional, neste ponto, seguiu a classificação adotada pelo Código Penal, que alocou este delito no Título II (Dos crimes contra o patrimônio), encampando o entendimento de que o objetivo final do agente delitivo é, de fato, a subtração do bem. No âmbito do Supremo Tribunal Federal a questão já foi pacificada, inclusive com a edição de Súmula sobre o assunto⁶¹. Destaque-se que também pouco importa se a morte ocorreu antes ou depois da subtração patrimonial (hipóteses de roubo próprio ou impróprio, como visto anteriormente).

Uma segunda consequência da consideração do latrocínio como um crime complexo autônomo é o enquadramento típico em casos de tentativa. O mero fato de nosso ordenamento – bem como o STF⁶² - admitir a hipótese de latrocínio tentado já sugere que já foi amplamente aceito o dito “latrocínio ambivalente”, cuja morte pode se dar a título de culpa ou de dolo, indistintamente. Ressalte-se que os crimes apenas preterdolosos não admitem a tentativa, como será posteriormente demonstrado.

Para ser mais exato, essas duas primeiras consequências decorrem do fato de, no crime em questão, conferir-se prevalência ao crime-fim (roubo) sobre o crime meio (homicídio). Mesmo a vida sendo em teoria o bem jurídico mais importante, ela recebe consideração secundária, uma vez que serviria apenas de meio para a realização da subtração patrimonial.

⁵⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.60-61.

⁶⁰ PARIZATTO, João Roberto. **Dos crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.62.

⁶¹ Súmula 603/STF: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri.”

⁶² Súmula 610/STF: “Há crime de Latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

A terceira consequência, especialmente importante para o presente trabalho, é que, tratando-se de dois crimes distintos, nada impede que o elemento subjetivo – dolo ou culpa – seja diferente para cada um dos crimes-membros. Com efeito, diversas combinações serão possíveis: dolo na conduta antecedente e dolo na subsequente; dolo na primeira e culpa na segunda; culpa e culpa⁶³. A cada uma destas combinações de elementos subjetivos do tipo corresponde uma determinada classificação delitiva, dentre as quais as mais importantes, para o presente estudo, são os crimes preterdolosos e os qualificados pelo resultado. Pela sua importância no presente texto, o tema será analisado separadamente no tópico a seguir.

5. Crimes preterdolosos e qualificados pelo resultado

Como foi anteriormente afirmado, a definição do elemento subjetivo do tipo – principalmente após a aceitação da teoria finalista de modo geral – é dever fundamental que se impõe para o correto juízo de tipicidade. Igualmente, muito do que se discute no presente texto sobre o latrocínio passa pela compreensão de sua natureza delitiva, o que só será possível com a correta definição do seu respectivo elemento subjetivo do tipo. Pergunta-se assim: o latrocínio é um crime preterdoloso ou somente um crime genericamente qualificado pelo resultado? É possível que ele seja ambos os tipos ao mesmo tempo? Para responder a estas indagações deve-se primeiro determinar com clareza o que são cada uma dessas espécies delitivas.

Pode-se diferenciar as duas espécies de crimes ora em debate a partir de três teorias, as quais objetivam explicar as distinções entre os crimes preterdolosos e os crimes qualificados pelo resultado. A primeira corrente doutrinária sustenta serem sinônimas as expressões, de modo que não existiriam diferenças entre as duas espécies de crime. Essa teoria é criticada por diversos doutrinadores, como por exemplo Cezar Bitencourt⁶⁴.

A segunda teoria, por sua vez, defende que a diferença reside estritamente nos bens jurídicos que foram violados – ou expostos à perigo - pelos dois delitos

⁶³ Por impossibilidade lógica, não é possível a existência de culpa na conduta antecedente e dolo na consequente. À título de exemplo, não pode alguém ter causado a lesão corporal de alguém culposamente, mas querido matá-lo.

⁶⁴ “Têm-se utilizado, a nosso juízo, equivocadamente, as expressões *crime preterdoloso* e *crime qualificado pelo resultado* como sinônimas (...)” (BITENCOURT, p.387).

componentes do crime-complexo. Cezar Bitencourt parece filiar-se a esta corrente, assim definindo os crimes preterdolosos:

(...) crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente, porque, afinal, o resultado efetivamente produzido estava fora da abrangência do dolo.⁶⁵

Com base na doutrina italiana, o jurista citado ensina que a grande diferença entre as duas espécies reside no bem jurídico lesado. Enquanto no primeiro tipo o resultado mais grave lesa um bem jurídico que não contém o bem jurídico precedentemente lesado, no segundo tipo o bem jurídico ofendido pelo resultado ulterior é diverso. O supracitado autor cita como exemplos a lesão corporal seguida de morte (preterintencional) e o aborto seguido da morte da gestante (qualificado pelo resultado).

Álvaro da Costa parece compartilhar deste entendimento, ao apresentar a ressalva de que “no tipo agravado pelo resultado o evento qualificador poderá não ser da mesma natureza do evento base”. O jurista afirma que na forma qualificada pelo resultado o “evento ultrapassa a órbita intencional do autor”.⁶⁶ Prossegue o autor, no entanto, diferenciando que na preterintencionalidade existe uma progressão na mesma linha de lesão do bem-interesse, devendo “ser da mesma natureza os bens agredidos ou ameaçados em ambos os eventos”.⁶⁷

Especificamente acerca dos crimes preterdolosos, Nélon Hungria os conceitua como aqueles em que a totalidade do resultado representa um “excesso de fim”, uma vez que o agente quis um *minus*, mas ocorreu um *majus*. Destaca o ilustre escritor que há nessa espécie de crime uma conjugação de dolo e de culpa, tratando-se de um crime complexo, em parte doloso e em parte culposo. Para o autor, a diferença entre esses crimes e os culposos é apenas que nestes últimos “o evento antijurídico não querido resulta de um fato penalmente *indiferente* ou, quando

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.387.

⁶⁶ Não obstante, isto parece ser observável também nos crimes preterintencionais, como o próprio nome sugere, de forma que talvez não seja um elemento válido de diferenciação.

⁶⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: v.2, Tomo II – parte especial**, 3ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. p.689.

muito, *contravencional*”, enquanto nos crimes preterdolosos o resultado involuntário deriva de um crime doloso.⁶⁸

Juarez Cirino diz que os crimes qualificados pelo resultado são uma herança medieval do *versari in re illicita* do Direito Canônico, sendo uma forma de responsabilização sem culpa por consequências resultantes da prática de uma conduta proibida. A imputação do resultado mais grave, para o autor, pressupõe, sob pena de inconstitucionalidade, a definição deste resultado como produto específico do risco criado pelo autor, ou a “previsibilidade do resultado mais grave como consequência provável”.⁶⁹

A terceira linha de pensamento, que talvez seja conciliável com a anteriormente exposta, sustenta haver entre os dois tipos de crime uma relação de gênero e espécie. Para Guilherme Nucci, crime qualificado pelo resultado é o gênero no qual há a espécie preterdolosa. Esta última seria “caracterizada por admitir somente o *dolo* na conduta antecedente (fato-base) e *culpa* na conduta consequente (produtora do evento qualificador)”.⁷⁰ Assim sendo, um crime preterdoloso também seria qualificado pelo resultado, mas a recíproca não seria verdade, isto é, existiriam crimes qualificados pelo resultado que não seriam preterdolosos, no caso de aceitação desse entendimento.

O supracitado autor enumera as diversas espécies de crimes qualificados pelo resultado existentes em nosso ordenamento⁷¹, entre os quais merecem destaque os cometidos com dolo na conduta antecedente e dolo/culpa na subsequente, indiferentemente⁷²; os praticados com culpa na conduta antecedente e culpa na subsequente⁷³; os que somente podem ser cometidos com dolo na conduta antecedente e culpa na consequente (estes ditos “autenticamente preterdolosos”

⁶⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.111.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p.185-188.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.250-251.

⁷¹ *Ibidem*. p.252-254.

⁷² O citado autor coloca nessa espécie o latrocínio.

⁷³ É o caso dos crimes culposos de perigo comum, resultando lesão corporal grave ou morte.

pelo autor)⁷⁴; os delitos qualificados pelo resultado cuja prática exige dolo na conduta antecedente e dolo na consequente⁷⁵.

José Marques aponta que o tema dos crimes qualificados pelo resultado é dos mais obscuros do Direito Penal. Lembra o autor que as controvérsias acerca do assunto já se iniciam pela denominação: alguns preferem “delitos qualificados pelo evento”, outros “delitos dolosos agravados por um evento preterintencional”, outros ainda utilizam a expressão “crimes com duplo evento”, “duplo resultado” e assim por diante.⁷⁶

Esther Ferraz assim define os crimes qualificados pelo resultado: “(...) é qualificada pelo resultado a figura em que, de fato base, previsto e punido como crime, deriva um evento que o qualifica e lhe aumenta a pena, em razão de sua própria gravidade objetiva.”⁷⁷

Um elemento criticável no conceito acima exposto é considerar a responsabilidade objetiva - já eliminada de nosso ordenamento - inerente ao crime qualificado pelo resultado. No entanto, é possível aproveitar do trecho citado alguns elementos constituintes do crime qualificado pelo resultado: o delito-base (“fato base”) e o evento qualificador.

Explica José Marques que o crime básico pode ser doloso ou culposo. O ilustre penalista cita como exemplos do primeiro tipo os crimes de aborto qualificado (art. 127) e abandono de incapaz com resultado morte (art. 133); como exemplos do segundo tipo - crimes culposos qualificados pelo resultado - cita os delitos dos artigos 258, 263 e 267 (crimes de perigo comum qualificados, atentado contra a segurança de transporte e epidemia com resultado morte, respectivamente).⁷⁸

O referido autor expõe que o segundo elemento dos crimes qualificados pelo resultado é o evento qualificador. Explica que o evento pode funcionar, em nosso ordenamento, como elemento constitutivo do crime (exemplo: sem a morte não há homicídio) ou como agravante (exemplo: a ocorrência de morte na instigação de

⁷⁴ Aqui Nucci coloca como único exemplo a lesão corporal seguida de morte.

⁷⁵ Como por exemplo o furto de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

⁷⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – v.2**. Campinas: Bookseller, 1997. p.480.

⁷⁷ FERRAZ, Esther de Figueiredo. **Os Delitos Qualificados pelo Resultado no Regime do Código de 1940**, 1948. p.131.

⁷⁸ MARQUES, *op. cit.*, p.481.

suicídio). No caso do latrocínio, como é sabido, a morte representa um agravante (não no sentido técnico da palavra) do crime de roubo.

Quanto à ligação entre o evento qualificador e o crime básico, afirma o autor que deve haver uma ligação pelo nexos de causalidade, e não apenas um liame decorrente de sucessão cronológica. O nexos de causalidade, inclusive, desaparece no caso de surgimento de causa superveniente entre o delito-base e o evento qualificador, ou se este decorre de caso fortuito ou força maior.⁷⁹

A conclusão de José Marques é de que “os crimes qualificados pelo resultado são quase, todos, crimes preterdolosos (...)”, citando o autor como exceção justamente o latrocínio, que entende comportar o dolo no que tange ao resultado qualificador morte.⁸⁰ No entanto, não se vê qualquer justificativa para a exclusão do latrocínio dessa regra geral. No presente trabalho pretende-se demonstrar que os crimes qualificados pelo resultado são, em sua grande maioria, preterdolosos, ou, se não o forem, são inteiramente culposos, consoante o pensamento acima colacionado. Marco Oliveira reforça essa ideia, ao afirmar que o crime qualificado pelo resultado ocorre quando uma circunstância meramente acidental é tomada em consideração como elemento de maior reprovabilidade.⁸¹ Esta circunstância qualificadora, se é acidental, jamais poderá ser querida pelo agente, ou seja, dolosa. Como visto, o evento qualificador deve estar ligado ao delito-base por um nexos de causalidade não-objetivo, nexos que une o delito-base (doloso ou culposos) a um resultado não desejado, mas decorrente de culpa. Nessa senda, conclui-se que todos os crimes qualificados são, de fato, decorrência de excessos perpetrados pelo criminoso ao executar o delito-base, portanto inteiramente culposos ou preterdolosos. Cabe investigar se o latrocínio também se encaixa no exposto acima, ou se o mesmo existe enquanto crime complexo e autônomo, fugindo à regra geral dos demais delitos qualificados pelo resultado. Certamente que a reflexão não se restringirá a descrever como o crime é tratado por nossos juristas, mas também será criticamente analisado como o delito em questão *deveria* ser tratado, com a apresentação de algumas alternativas.

⁷⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – Volume II**. Campinas: Bookseller, 1997. p.483.

⁸⁰ Ibidem. p.488.

⁸¹ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. Reflexões sobre o crime de roubo qualificado pelo resultado. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 37, Janeiro-abril de 2007. p.96.

2ª PARTE: ANÁLISE DO PROBLEMA E SUA PROVÁVEL ORIGEM

1. Da necessidade de haver ao menos culpa em relação ao homicídio

Numa perspectiva crescente do elemento subjetivo, por assim dizer, deve-se, antes de se analisar a possibilidade de dolo na conduta qualificadora do roubo com resultado morte, verificar se ao menos a existência de culpa se faz necessária. Guilherme Nucci lembra que antes da Reforma Penal de 1984 havia duas posições doutrinárias acerca do tema. A primeira considerava ser possível imputar a ocorrência do resultado qualificador ao agente do fato-base, mesmo que ele não tivesse a menor previsibilidade do que poderia ocorrer. A segunda, por sua vez, defendia ser necessária no mínimo a presença de culpa quanto ao resultado qualificador, sem a qual o resultado qualificador não poderia ser imputado.⁸²

Antes da referida Reforma, José Marques já defendia que o caso fortuito excluiria a própria tipicidade. O jurista afirmava que não seria possível estabelecer o nexo subjetivo entre o resultado qualificador e a vontade do agente, de modo que a conduta “não se enquadraria no *Tatbestand* abstrato descrito no preceito incriminador”. Desta forma, a ocorrência de resultado qualificador decorrente de caso fortuito afastaria a própria tipicidade.⁸³

Com a Reforma Penal de 1984, a presente questão restou pacificada, com a adição do artigo 19 ao Código Penal:

Art. 19 – Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

O referido dispositivo positivou em nosso ordenamento o chamado princípio da culpabilidade – *nullum crimen sine culpa*. Como explicam Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli, a existência desse princípio implica que a conduta deve ser ao menos culposa, do contrário, não será nem mesmo típica.⁸⁴ Isso, claro, dentro de uma perspectiva finalística, em que a culpa integra a estrutura típica.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.251.

⁸³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – v.2**. Campinas: Bookseller, 1997. p.486-487.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.455.

Para o supracitado autor, a forma de violação mais evidente a esse princípio é a chamada responsabilidade objetiva, que é a “imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele”. Tal forma de responsabilidade, ressalta o autor, ocorre não só quando se pune uma conduta em virtude do resultado ocorrido, mas também quando se agrava uma determinada pena estritamente em razão do resultado. O referido escritor é categórico ao afirmar que não há nenhuma hipótese vigente em nossa legislação em que a produção do resultado não seja fruto de culpa, ao menos⁸⁵. Miguel Reale Júnior conclui com a afirmação de que o artigo 19 expurgou a responsabilidade objetiva decorrente do princípio *versari in re illicita* de nosso ordenamento.⁸⁶

Assim, pode-se afirmar sem sombra de dúvida que atualmente a culpa é imprescindível para a caracterização do resultado qualificador, vez que a responsabilidade objetiva não encontra mais amparo legal em nosso ordenamento. Para o presente trabalho, contudo, ainda resta saber se, no que tange ao latrocínio, a presença do dolo é possível, necessária ou mesmo indiferente para a existência do crime.

Por fim, o seguinte acórdão do STJ está em perfeita sintonia com o que se está a afirmar, ressaltando a impossibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva no âmbito penal. Trata-se do Recurso Especial de nº 285569/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 11/06/2002, o qual prestigia o princípio da culpabilidade, vigente em nosso ordenamento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO E LESÕES CORPORAIS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO.

I – Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art.

19, ambos do C.P., a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (**princípio da culpabilidade**).

II – **Se, em relação ao resultado mais grave, não ocorreu dolo ou culpa, ele não pode ser atribuído ao acusado.** O reexame do suporte fático sobre o asseverado caso fortuito, implicaria, no feito, em vedado reexame de quaestio facti (Súmula nº 07-STJ).

⁸⁵ Nucci ressalta que, em hipóteses extremadas, legalmente previstas, é possível adotar-se a responsabilidade objetiva. O jurista cita como exemplo a embriaguez voluntária, a qual apesar de fundada em ato voluntário do agente, no momento da prática do crime o dolo e a culpa não estavam presentes. (p. 90)

⁸⁶ JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.263.

III – Admitindo-se a possibilidade, em certos casos, na linha da dicção de parte da doutrina, da conatus em crimes preterdolosos (v.g., quando a ação realiza culposamente o resultado mais grave e não perfaz totalmente a forma básica do delito), tal não alcançaria a hipótese em que o evento mais grave, a par de incompleto, se realiza acidentalmente (sem afirmação, sequer, de culpa).

IV – O dissídio pretoriano calcado em hipóteses diversas não preenche o exigido nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c/c o art. 3º do CPP.

Recurso não conhecido.

2. Possibilidade de dolo quanto ao resultado qualificador morte

Viu-se que, como decorrência do princípio da culpabilidade, o resultado morte deve ser atribuído ao agente ao menos à título de culpa. Quanto a isso não há maior controvérsia. Deve haver, ademais, alguma conexão entre o resultado morte e a prática do crime de roubo. A verdadeira celeuma, todavia, se apresenta quando se questiona acerca do resultado morte. Poderia ele advir de forma intencional? Ou somente à título de culpa?

Não restam dúvidas de que o roubo apenas existe com dolo. Afinal, de que forma poder-se-ia atuar com violência sem a desejar? A necessidade do elemento subjetivo dolo nesse primeiro ponto é pacífica, o que não ocorre, entretanto, quanto ao homicídio. No tocante a este último, há um consenso – agora sustentado pelo artigo 19 do Código Penal – que a presença de ao menos culpa é imprescindível, como anteriormente demonstrado. Contudo, é discutível a necessidade – ou mesmo a possibilidade – da morte se realizar dolosamente.

Nossa doutrina, de forma praticamente uníssona, afirma que o resultado qualificador pode se dar tanto a título de culpa quanto intencionalmente. Nas palavras de Rogério Greco:

(...) se durante a prática do roubo, em virtude da violência empreendida pelo agente, advier a morte – dolosa ou mesmo culposa – da vítima, poderemos iniciar o raciocínio correspondente ao crime de latrocínio, consumado ou tentado (...)⁸⁷

⁸⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v.III. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p.76.

Assim também pensam outros autores, tais como Nélson Hungria⁸⁸, Cezar Bitencourt⁸⁹, Guilherme Nucci⁹⁰, Damásio de Jesus⁹¹, Fernando Capez⁹² e Julio Mirabete⁹³. A exceção fica por conta de José Marques, que afirma que em relação ao delito do art. 157, § 3º é evidente que o resultado tem de ser doloso, uma vez que a pena cominada é maior que a do artigo 121.⁹⁴

Por meio de três argumentos básicos, tentar-se-á demonstrar que o resultado morte, no crime de roubo qualificado, somente poderá ocorrer a título de culpa. Através das perspectivas gramatical, sistemática e teleológica, será visto que, em relação ao resultado morte, não há que se falar em dolo: o crime ocorre, assim, de forma apenas preterdolosa.

2.1. Análise gramatical – a expressão “se da violência resulta”

O primeiro método interpretativo que será utilizado é o gramatical. Não se deseja aqui afirmar que o legislador está isento de eventuais erros, porém a análise literal do texto legal tende a ser um bom ponto de partida para apreender o significado de determinado dispositivo. A vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* do Princípio da Legalidade, ademais, impõe que o sentido dos textos legais seja claro, evitando incertezas indesejadas.

O crime de roubo qualificado pelo resultado morte possui a seguinte redação:

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

(...)

⁸⁸ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, v.2: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v.2**. Campinas: Bookseller, 1997. p.488.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Lembra João Parizatto que o evento morte há de vir do emprego de violência física *vis corporalis*, como deixa claro a expressão “Se da violência”, no início do § 3º do artigo 157. Se a morte advir de grave ameaça, não haverá falar-se em latrocínio.⁹⁵

Sobre a relação entre a violência empregada e o resultado, esclarece Israel Jorio que a violência a que se refere o parágrafo terceiro é a violência do roubo simples (prevista no *caput*), o que é possível concluir do uso da preposição “de” conjuntamente ao artigo definido “a” na expressão “Se *da* violência resulta morte...”. Caso assim não fosse, o legislador teria utilizado a expressão “Se *de* violência resulta morte”, sem o artigo definido “a”.⁹⁶ O artigo definido mostra que a violência referida não é uma violência qualquer, tendente a qualquer outro fim, mas sim a empregada no roubo simples.

Partindo dessa premissa, como é possível admitir que a violência empregada no roubo simples corresponda a um homicídio, ainda que tentado? Tal violência, destaca-se, existe apenas para vencer uma resistência imposta pela vítima à subtração patrimonial e, como tal, não comporta tendência homicida. A violência do roubo simples é apenas *modus operandi* da subtração patrimonial, podendo ser empregada frente a um agir da vítima ou mesmo de forma preventiva, com fins intimidatórios. Admitindo-se que a violência não comporta dolo homicida, tem-se que a única morte daí resultante é a culposa.

Sobre o sentido da expressão “se resulta”, o referido autor explicita que a dita expressão possui um teor de accidentalidade, eventualidade e casualidade que lhe são inerentes. Se o legislador pretendesse punir a morte dolosa, usaria a expressão “se o agente mata a vítima” e não escolheria, como o fez, “se da violência resulta a morte”. Uma coisa é prever o “matar” como uma realização consciente e intencional, e outra bem diferente é prever um resultado decorrente de um agir (motivado por qual finalidade for), ou seja, mera consequência. Tome-se como exemplo o crime de

⁹⁵ PARIZATTO. **Dos Crimes Contra o Patrimônio**, p. 62.

⁹⁶ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.204-210.

homicídio: a locução “matar alguém” traz um significado inconfundível com a expressão “se da conduta resulta a morte”.

Conclui o autor que:

O art. 157, §3º, do CP não prevê a morte como *método*, mas como simples *resultado*. A morte (na verdade, o homicídio) não é disposta como uma ação do agente, como se fosse algo perseguido ou perpetrado para atingir uma finalidade ulterior, mas como uma consequência da sua conduta. Não se fala em homicídio como *modus operandi*, como meio de alcançar a subtração, mas apenas como *resultado decorrente* do *modus operandi*, que é a violência física.⁹⁷

No mesmo sentido, afirma Antônio Rosa:

A lei se refere ao homicídio que resulte por motivo ou por ocasião do roubo. Parece-me que razão assiste a SOLER quando diz que a expressão utilizada é própria das figuras qualificadas pelo resultado e preterintencionais. Acrescenta que a morte resultante deve estar conectada, como os demais delitos preterintencionais, sob a forma de responsabilidade culposa, para terminar observando que o sentido desta figura corresponde evidentemente as formas de morte culposa.⁹⁸

Assim também sustenta Cezar Bitencourt, que percebe que a expressão “se resulta” jamais é utilizada como meio de execução de crime, mas apenas como indicativo de resultado decorrente de culpa. Conclui, assim, que o legislador pretendeu criar no § 3º do artigo 157 duas espécies preterdolosas.⁹⁹

No mesmo sentido, aduz Damásio de Jesus que a expressão “se resulta” indica que a morte tipifica o delito como resultado e não como meio de execução do roubo próprio ou impróprio, de modo que a sistemática do CP mostra que o art. 157, § 3º deveria contemplar um delito preterintencional.¹⁰⁰

Os dois autores citados por último, no entanto, acabam por admitir a possibilidade de dolo e de culpa no que tange ao resultado qualificador em virtude da alta pena cominada. A questão da alta pena cominada será posteriormente

⁹⁷ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.209.

⁹⁸ ROSA, Antônio José Miguel Feu. Do latrocínio. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 166, p.42-54, 1991. apud FONTAN BALESTRA, “Tratado de Derecho Penal”, tomo V, pág. 546, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª edição, 1980.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.124.

¹⁰⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, v.2: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.409.

explorada. De qualquer forma, a análise literal do texto legal revela a impossibilidade de existência de dolo quanto ao resultado qualificador morte.

2.2. Análise sistemática

Após o estudo por meio da interpretação gramatical, será feita uma interpretação sistemática, com a análise do crime de roubo qualificado pelo resultado morte como parte integrante de um sistema normativo. Uma das qualidades essenciais de qualquer sistema é a harmonia, de modo que não só o enquadramento típico do roubo qualificado pela morte, mas também a sua pena devem possuir certa lógica com as demais espécies delitivas.

Inicialmente, o crime de latrocínio será comparado com outras espécies similares de nosso Código Penal, ou seja, com outros crimes qualificados pelo resultado. Cabe ressaltar, no entanto, que nem todos os crimes considerados pelo legislador e por parte de nossa doutrina como qualificados de fato o são. Há, muitas vezes, uma confusão entre as causas de aumento de pena e as reais qualificadoras. João Carollo explica:

(...) a forma qualificada constitui um novo tipo penal derivado, estabelecendo novos limites, máximos e mínimos *verbi gratia*, “art. 121, § 2º, a pena é de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”. Já, na forma circunstanciada ou causa de aumento de pena o legislador apenas faz menção à porcentagem do aumento, por exemplo, “art. 157, § 2º. A pena aumenta-se de um terço até a metade.”¹⁰¹

A importância da diferenciação é de grande relevância prática, explicada por Israel Jorio, o qual refere que as qualificadoras e os privilégios são aplicados na primeira fase da dosimetria da pena (cálculo da pena-base) enquanto que as causas de aumento e diminuição são consideradas na terceira e última fase da definição da pena.¹⁰²

Sabe-se que diversos fatores podem tornar um delito qualificado. A consideração do resultado como elemento qualificador é própria de apenas alguns crimes qualificados. Como o crime do § 3º do art. 157 é qualificado pelo resultado,

¹⁰¹ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.229.

¹⁰² JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.135.

serão utilizados para comparação os crimes afins, também qualificados pelo resultado, presentes em nosso Código Penal.

Há diversos delitos que se qualificam pelo resultado em nosso Código Penal. Lesão corporal (art. 129, §§ 1º, 2º e 3º), abandono de incapaz (art. 133, §§ 1º e 2º), exposição ou abandono de recém nascido (art. 134, §§ 1º e 2º), maus-tratos (art. 136, §§ 1º e 2º), rixa (art. 137, parágrafo único), sequestro e cárcere privado (art. 148, § 2º), roubo (art. 157, § 3º), extorsão (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro (art. 159, §§ 2º e 3º), dano (art. 163, parágrafo único, IV), estupro (art. 213, §§ 1º e 2º), as formas qualificadas dos crimes de perigo comum (art. 258), perigo de desastre ferroviário (art. 260 c/c art. 263), atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261 c/c art. 263), atentado contra a segurança de outro meio de transporte (art. 262 c/c art. 263), arremesso de projétil (art. 264, parágrafo único), epidemia (art. 267, § 2º, segunda parte), formas qualificadas dos demais crimes contra a saúde pública (art. 285), abandono de função (art. 323, § 1º), violação de sigilo funcional (art. 325, § 2º), usurpação de função pública (art. 328, parágrafo único) e resistência (art. 329, § 1º).

Conforme observa Israel Jorio, pode ser notada aqui uma clara predominância dos crimes preterdolosos. Com efeito, o preterdolo está presente nos crimes dos seguintes artigos: 129, § 3º; 133, §§ 1º e 2º; 134, §§ 1º e 2º; 136, §§ 1º e 2º; 148, § 2º; 157, § 3º; 158, § 2º; 159, §§ 2º e 3º; 213, §§ 1º e 2º; 260, § 1º; 261, § 1º; 262, § 1º; 264, parágrafo único. Alguns outros delitos, no entanto, são inteiramente culposos: arts. 258, 263 e 285 – somente com relação à quarta e última figura; 267, § 2º, parte final. Por fim, há alguns poucos que admitem o dolo na produção do resultado que qualifica o crime: arts. 129, §§ 1º e 2º; 163, parágrafo único, IV; 323, § 1º, 325, § 2º; 328, parágrafo único; e 329, § 1º, por exemplo.¹⁰³

Conforme prossegue o supracitado autor, não se vê uma boa razão para que alguns dispositivos supracitados excepcionem a regra da preterintencionalidade. Quanto aos crimes de lesão corporal e dano, até poderia ser devido ao fato do resultado qualificador ser um desdobramento natural da conduta dolosa (os resultados são da mesma natureza do resultado da forma simples de cada delito).¹⁰⁴

¹⁰³ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.218.

¹⁰⁴ Ibidem. p.218.

Por último, ao separarem-se especificamente apenas os delitos qualificados pelo resultado morte, vê-se que quase todos são considerados preterdolosos ou inteiramente culposos. Veja-se a tabela a seguir:

Crime	Redação	Elemento subjetivo quanto ao resultado qualificador
Abandono de incapaz	Art. 133, §1º: Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave [...]. §2º: Se resulta a morte [...]	Preterdolo (Luiz Regis Prado)
Exposição ou abandono de recém nascido	Art. 134, §1º: Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave [...]. §2º: Se resulta a morte [...].	Preterdolo (Helena Fragoso)
Maus-tratos	Art. 136, §1º: Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave [...]. §2º: Se resulta a morte [...]	Preterdolo (Fernando Capez)
Roubo qualificado	Art. 157, §3º: Se da violência resulta lesão corporal grave [...]; se resulta morte [...]	Dolo ou preterdolo (para a maioria da doutrina)
Extorsão mediante sequestro	Art. 159, §2º: Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave [...] §3º: Se resulta morte [...]	Dolo ou preterdolo (Cleber Masson). Apenas preterdolo (Nélson Hungria)
Estupro qualificado	Art. 213, §1º: Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave [...] §2º: Se da conduta resulta morte [...]	Antes da Lei 12.015/2009, apenas culpa (Magalhães Noronha). Após a referida lei, dolo ou culpa, indistintamente (Guilherme Nucci).
Causação culposa de epidemia	Art. 267, §2º, segunda parte: [...] se resulta a morte [...]	Culpa (o crime é inteiramente culposos)

Por uma questão de organização, foram omitidos da tabela apenas os crimes de lesão corporal qualificada pela morte (art. 129, § 3º), rixa (art. 137, parágrafo único), extorsão (art. 158, § 2º), arremesso de projétil (art. 264, parágrafo único, parte final) e o crime de tortura (art. 1º, § 3º, da Lei 9.455/97). O delito de lesão corporal apresenta uma redação exemplar, expressamente excludente de dolo, a qual inclusive é sugerida na terceira parte do presente trabalho como possível descrição típica do crime de roubo qualificado; por isso, será posteriormente analisado. Quanto aos crimes de rixa, extorsão e arremesso de projétil, já possuem todos crimes de redações similares na tabela. O crime de tortura, por sua vez, foi

omitido por não estar previsto em nosso Código Penal, mas sim na Lei 9.455/97. Cabe destacar, todavia, que também é tido como um delito estritamente preterdoloso, conforme Alberto Franco¹⁰⁵.

Quantos aos demais delitos qualificados pelo resultado morte, é possível notar que apenas os crimes de extorsão, extorsão mediante sequestro, roubo e estupro foram excluídos da regra geral da preterintencionalidade (ou presença de culpa na totalidade do crime). Quanto ao delito de estupro, a mudança de entendimento veio com o aumento de pena realizado pela reforma de 2009. No que toca aos outros delitos, percebe-se que os três são delitos patrimoniais. Seria isto um reflexo da exacerbada tutela patrimonialista de nosso Código Penal?

Com efeito, o fato que chama a atenção em todos os crimes qualificados pela morte é que, nas palavras de Israel Jorio, “a violação da vida, bem jurídico de valor supremo, é um desdobramento anormal da conduta dolosa, sempre tendente a outros fins”¹⁰⁶. O resultado mais grave, assim, no que tange aos crimes qualificados pelo resultado morte, é sempre culposos.

Observe-se que até mesmo a redação dos dispositivos indicados na tabela é parecida. A construção “se resulta” predomina, locução esta que não é própria dos crimes inteiramente dolosos. Ressalte-se, no entanto, que não é a melhor redação para prever um crime preterdoloso (veja-se, como exemplo, o crime de lesão corporal qualificada pela morte) o que é, sem dúvida, uma das causas de tamanha discussão doutrinária.

Nesta senda, demonstra a interpretação sistemática que o resultado qualificador morte só pode se dar a título de culpa. Os crimes qualificados pelo resultado morte são preterdolosos ou, ao menos, inteiramente culposos. Não se vislumbra qualquer justificativa plausível para exclusão do estupro e dos três delitos patrimoniais qualificados desta regra geral. Quanto ao estupro qualificado, é possível observar que a mudança de entendimento doutrinário ocorreu de forma similar ao roubo qualificado, conforme se observa no tópico a seguir.

¹⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. 2002. p.3106.

¹⁰⁶ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.218.

2.2.1. Latrocínio e estupro seguido de morte – algumas incongruências

Faz-se essa comparação em tópico separado, uma vez que está parcialmente prejudicada com a reforma realizada no ano de 2009, a qual modificou o Título VI de nosso Código Penal, hoje denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Entretanto, apesar da modificação legislativa, entende-se pertinente a comparação levando-se em conta decisões da época.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015, em agosto de 2009, o crime de estupro era tratado no Código Penal em seu Título VI, à época denominado “Dos crimes contra os costumes”. Para a configuração das formas qualificadas, era necessária a conjugação do então artigo 213 com o artigo 223 (este último inclusive já revogado). O artigo que tipificava as formas qualificadas possuía a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

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

Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

Como se vê, a redação era praticamente idêntica – com a ressalva do uso da palavra “fato” no lugar de “violência” - ao parágrafo terceiro do artigo 157, que apresenta as formas qualificadas do crime de roubo:

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Não obstante a identidade de redação, o tratamento doutrinário e jurisprudencial dado às duas espécies era diverso. Para o crime de estupro, a qualificadora era utilizada apenas quando a lesão corporal de natureza grave ou a morte decorriam de culpa. Caso fossem provenientes de ato doloso, haveria um concurso de crimes, sendo aplicada a pena do estupro simples juntamente com a pena do crime contra a pessoa correspondente. O estupro qualificado, assim, sempre foi considerado um crime apenas preterdoloso.

Em seu Código Penal Comentado do ano de 2006, portanto antes da referida reforma, Guilherme Nucci já se questionava acerca dos motivos do tratamento desigual para casos fundamentalmente iguais:

Nenhuma explicação plausível, além da política criminal levando em consideração a suficiência ou insuficiência da pena, é utilizada para justificar qual a diferença ontológica entre o art. 223 e o art. 157, § 3º, por exemplo.¹⁰⁷

O ilustre penalista critica a solução diversa para ambos os delitos qualificados pelo resultado. No entanto, ao invés de criticar a aceitação do dolo como elemento subjetivo da qualificadora do roubo, sustenta que também no estupro qualificado pela morte esta última pode ser desejada pelo agente, ou seja, com dolo em relação à qualificadora.

Também percebe o contrassenso dos tratamentos diversos Marco Oliveira, ao afirmar:

Revela-se evidente a incoerência entre as soluções prestigiadas pela doutrina e jurisprudência para situações idênticas [...] Não há, efetivamente, qualquer elemento distintivo suficiente a autorizar as interpretações divergentes entre as hipóteses cotejadas [...].¹⁰⁸

Atualmente, o art. 223 se encontra revogado (pela Lei 12.015), tendo seu conteúdo sido transferido para os parágrafos do art. 213 e do art. 217-A, local onde hoje se encontram as qualificadoras:

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:

(...)

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Repare-se que, além da configuração típica, aumentou-se sensivelmente a pena máxima, que passou a ser de 30 (trinta) anos de reclusão.

Cezar Bitencourt, com base no Princípio da Razoabilidade, entende que a qualificadora do parágrafo segundo deve ser aplicada mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo. O citado autor repudia o emprego do concurso de crimes dolosos, pois se isso fosse feito a soma das penas poderia resultar menor do que a da figura qualificada. O penalista reconhece a desarmonia do sistema, decorrente das sucessivas reformas penais, mas conclui que o resultado agravador pode se dar

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.834-835.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. Reflexões sobre o crime de roubo qualificado pelo resultado. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 37, Janeiro-abril de 2007. p.92.

tanto a título de culpa quanto de dolo, principalmente em virtude das altas penas cominadas.¹⁰⁹

Guilherme Nucci, em seu Código Penal mais recente, após a reforma, socorrendo-se novamente do artigo 19 e do crime de lesão corporal seguida de morte, argumenta também que no caso do estupro seguido de morte esta pode se dar a título de dolo ou de culpa. Sustenta o jurista, criticando a posição doutrinária e jurisprudencial que enxerga no presente caso um delito estritamente preterdoloso, que não está o juiz autorizado a quebrar a unidade do crime qualificado pelo resultado, mesmo nas hipóteses do resultado morte ter se dado dolosamente.¹¹⁰

Operou-se, portanto, um fato curioso. Um delito cuja redação era praticamente idêntica à do roubo qualificado era tido, diferentemente deste segundo, como preterdoloso, contrariando toda a lógica sistemática. Após a mudança de alguns dispositivos e exacerbação da pena máxima, mudou-se ao extremo oposto: passou-se a admitir o dolo quanto ao resultado qualificador, assim como já se fazia com o roubo qualificado pelo resultado morte. Se por um lado o tratamento uniforme a dispositivos com redações semelhantes atendeu à lógica de nosso ordenamento, por outro restou claro que a pena, infelizmente, ainda serve de guia para a adequação típica.

Posteriormente, serão analisadas algumas causas prováveis da maneira de como a questão do latrocínio é tratada em nosso Código Penal, mas ao que tudo indica o que aconteceu com o crime de estupro também ocorreu com o roubo qualificado pelo resultado morte.

2.2.2. Latrocínio e homicídio qualificado

Ainda dentro do estudo da lógica sistemática, cabe também comparar o crime de latrocínio com duas formas qualificadas do homicídio, quais sejam, “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe” (art. 121, § 2º, I) e “para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”

¹⁰⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.976.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.978-979.

(art. 121, § 2º, V). Ver-se-á que ambas as modalidades de homicídio, se comparadas ao roubo qualificado, possuem evidentes problemas de proporcionalidade no que se refere à quantificação das penas.

Refere Cleber Masson que ambas as qualificadoras em questão são subjetivas, pertencendo à esfera interna do agente, não se comunicando, assim, aos coautores ou partícipes em caso de concurso de pessoas. Enquanto que a qualificadora do inciso I está relacionada aos motivos do crime, a qualificadora do inciso V “refere-se à conexão, caracterizada por uma especial finalidade almejada pelo agente”.¹¹¹

É impossível negar a similaridade existente entre o latrocínio e as duas espécies de homicídio qualificado citadas. As penas, também, deveriam guardar alguma proporção entre si.

2.3. Análise teleológica – A finalidade das espécies qualificadas pelo resultado e sua relação indissociável do delito-base

Viu-se no início do presente trabalho que uma das vertentes do Princípio da Proporcionalidade é a vedação de proteção deficiente dos bens jurídicos. Essa perspectiva aponta que também as circunstâncias derivadas do delito base devem estar abarcadas pela proteção da norma penal. Da mesma forma, o Princípio da Individualização da Pena impõe que para condutas diversas deve haver uma resposta penal também diferente, tendo como parâmetro para o estabelecimento da sanção a culpabilidade.

Diversas razões podem tornar mais severo o desvalor de determinada conduta. Motivos mais espúrios, consequências mais danosas, circunstâncias de como o crime foi cometido (relativas ao meio, ao lugar, ao período do dia) e, por fim, o resultado obtido com a prática delitiva. Assim explica Israel Jorio:

No caso dos crimes qualificados pelo resultado, é ao desfecho da conduta que se conferiu a reprovabilidade suficiente para determinar a necessidade de um tratamento particularizado. Considerou-se que

¹¹¹ MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. São Paulo: Método, 2014. p.491.

alguns crimes, quando apresentam certas consequências, tornam-se mais prejudiciais e merecedores de punição mais severa¹¹².

Condutas orientadas por desígnios diferentes, ainda que acarretem o mesmo resultado prático, podem ser valoradas de forma diversa, em virtude de sua diferente reprovabilidade. Tal ocorre porque grande parte do desvalor de uma conduta está no seu elemento subjetivo. No extremo oposto, condutas idênticas que acarretaram resultados distintos também podem ser valoradas de forma diferente. Um crime cujo resultado ultrapassa a vontade do agente, ainda que de forma meramente culposa, merece maior sanção do que um delito que se exaure na vontade do agente, sem produzir consequências mais gravosas do que as desejadas.

Sabe-se que, por razões de política de criminal, além de atendimento a princípios importantes como o da Proporcionalidade e o da Individualização da Pena, foram então criadas as espécies qualificadas. Sua finalidade, consoante o exposto, é de proteger eficazmente bens jurídicos importantes e valorar distintamente condutas de gravidade diversa, adequando a pena à conduta do agente. Mas qual a relação entre o delito qualificado e o crime-base?

Israel Jorio leciona que o delito qualificado nada mais é do que o delito básico (primário), mas “sofisticado”, desenvolvido pela incorporação de novos elementos, com as implicações decorrentes desta junção. Assim, a qualificação não desnatura o crime, seja qual for o elemento qualificador (resultado, motivos, modo de execução, etc), e sim redefine seus padrões de lesividade e reprovabilidade.¹¹³

Consoante o acima exposto, um homicídio qualificado não deixa de ser um homicídio, um estupro qualificado não deixa de ser um estupro, assim como um roubo qualificado permanece sendo um roubo. A mera qualificação, pois, não transforma o delito em outro de espécie diversa.

Ademais, não se vislumbra explicação plausível para não se punir separadamente condutas que visam a fins diversos. Como foi visto no início do presente trabalho, com o advento da doutrina finalista da ação de Hans Welzel, a ação passou a ser considerada como um agir dirigido a um fim, sendo abandonada a ideia antiga de conduta voluntária e cega. Se houver dois ou mais fins diversos, ainda que correspondentes a delitos distintos, deverá o agente responder por cada

¹¹² JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.234-235.

¹¹³ Ibidem. p.235.

qual de forma autônoma. Exemplificando: caso surja no decorrer de um crime de estupro a intenção homicida, ocorrendo a morte da vítima, terão acontecido dois crimes, o estupro e o homicídio. Não há que se falar em apenas crime de estupro qualificado pela morte, uma vez que esta não decorreu de um excesso na prática do crime de estupro, mas sim de um desígnio autônomo do agente que não deve ser ignorado.

Dito tudo isso, resta claro que a finalidade dos tipos qualificados não é proteger diretamente o bem jurídico já tutelado pelo delito-base, mas sim proteger e coibir também resultados que, ainda que previsíveis, não foram desejados pelo agente.

3. A problemática da prevalência do crime-fim sobre o crime-meio, conferindo papel secundário à vida.

A consideração de que o latrocínio, com a redação que hoje lhe é conferida, é um crime complexo e autônomo traz inúmeros problemas. Questões atinentes à eventual inconstitucionalidade serão posteriormente tratadas. Contudo, há também temas controversos decorrentes da prevalência conferida ao bem jurídico atingido pelo crime-fim (nomenclatura que apenas faz sentido ao se considerar o latrocínio um crime complexo, frise-se), que na hipótese do latrocínio é o patrimônio, em detrimento do bem jurídico vida, bem jurídico de valor inestimável violado pelo crime-meio. Os pontos tratados serão, em sequência: a problemática da tentativa, a questão da competência para julgamento e os casos em que há multiplicidade de vítimas fatais.

3.1. A questão da tentativa

A primeira questão nebulosa em relação ao latrocínio, e que decorre diretamente da sua consideração como crime complexo e autônomo, é o tratamento dispensado nos casos de tentativa. Muito se debateu sobre quando ocorre a tentativa, ou, visto por outro prisma, quando há a consumação do crime de latrocínio.

Este ponto é tormentoso, como será visto, justamente pela ampla e reiterada negação da preterdolosidade do latrocínio, bem como por causa da percepção de que conferir tratamento secundário logo ao bem jurídico de maior valor – vida – traz contradições insanáveis.

Como é sabido, a partir das “quatro possibilidades” de consumação ou tentativa, referentes aos dois crimes membros componentes do latrocínio, rotula-se o referido crime como consumado ou apenas tentado.

João Carollo explica que é pacífico o entendimento de que com o homicídio consumado e a subtração consumada haverá latrocínio consumado, assim como no caso de ambos os crimes ficarem no âmbito da tentativa o latrocínio será tentado. A celeuma inicia, contudo, quando se opera outra combinação de consumação e tentativa.¹¹⁴

A primeira combinação controvertida apontada pelo supracitado autor é a de homicídio consumado e subtração tentada, sendo apresentadas três soluções. A primeira, prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 610¹¹⁵, é considerar o crime como de latrocínio consumado. A segunda solução entende que no presente caso haverá latrocínio apenas tentado, uma vez que, qualificando-o como crime complexo, ambos os crimes-membros devem estar consumados para ocorrer consumação. A terceira opção lembrada por João Carollo é fazer com que o agente responda por homicídio qualificado, ignorando-se a tentativa de subtração.¹¹⁶

Damásio de Jesus considera o posicionamento do STF o mais acertado, tendo em vista que se o latrocínio fosse apenas tentado a pena seria inferior à cominada ao homicídio qualificado.¹¹⁷ Rogério Greco, por sua vez, filiando-se à posição de José Frederico Marques, discorda do posicionamento adotado por nossa Corte Suprema. Entende que a consideração da unidade complexa não permite rupturas, isto é, basta que um dos crimes-membro fique no âmbito da tentativa para que o crime complexo seja tentado. O citado autor refere, inclusive, que a posição assumida pelo STF violaria a determinação contida no inciso I do art. 14 do Código

¹¹⁴ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.379.

¹¹⁵ Súmula 610/STF: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

¹¹⁶ Ibidem. p.381-385.

¹¹⁷ JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.601.

Penal, o qual afirma ser consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.¹¹⁸

Também é controversa, mesmo que em menor medida, a hipótese em que o homicídio resta tentado, enquanto a subtração patrimonial se consuma. Aqui, como explica João Carollo, também há por parte da doutrina e jurisprudência diversos posicionamentos. O primeiro, de Nélon Hungria, entende haver uma tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V). Outra adequação típica é a tentativa de homicídio em concurso material com o crime de roubo, entendimento minoritário, mas já utilizado em julgado do STF¹¹⁹. A terceira solução, amplamente majoritária, é no sentido da tentativa de latrocínio.¹²⁰

Como se vê, há uma grande dificuldade para se definir a tentativa nos crimes complexos, em especial o latrocínio. Sobre o tema, escrevem Nereu Giacomolli e Tomás Machado, os quais consideram o crime complexo não apenas como a soma simples dos crimes que o compõe, mas como uma “nova manifestação do ilícito”. Os autores defendem que, em caso de ofensa consumada a um dos bens jurídicos protegidos, ficando a ofensa ao outro apenas tentada, a solução mais adequada é a consideração do latrocínio tentado. Aduzem haver ofensa ao princípio da proporcionalidade ao se considerar consumado o latrocínio quando não há ofensa patrimonial, criticando assim a Súmula 610 do STF.¹²¹ Nesse mesmo sentido, também se posiciona João Carollo, que percebe a contradição de nossa jurisprudência ao afirmar, como o faz a Súmula 610, que quando um dos crimes-membros não se consuma há latrocínio consumado (se for a subtração patrimonial que não se consumar) mas que por outro lado afirma que há latrocínio tentado quando apenas a subtração se consuma, e o homicídio não. Percebe o autor, entretanto, que se fosse dispensado tratamento idêntico a situações distintas estar-se-ia desrespeitando a proporcionalidade, pois “aplicar a pena de vinte a trinta anos

¹¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v.3. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p.82.

¹¹⁹ HC 91.585/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 16.9.2008.

¹²⁰ CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.387-389.

¹²¹ GIACOMOLLI, Nereu. MACHADO, Tomás. A dificuldade do reconhecimento da forma tentada nos crimes complexos. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

para todos os casos de latrocínio em que haja morte, com ou sem subtração da coisa, não é razoável”.¹²².

Certamente, ou se considera o latrocínio um crime complexo, e isso implica que a consumação apenas se dá quando ambos os crimes-membros são realizados, ou não. Com a devida vênia, o último autor citado mostra preocupação com a aplicação de uma mesma pena quando há e quando não há subtração patrimonial, mas parece aceitar o enquadramento de latrocínios inteiramente dolosos e preterdolosos na mesma figura típica.

Por fim, é de alta relevância ressaltar que tal questionamento estaria resolvido caso se considerasse o roubo qualificado pelo resultado morte um crime estritamente preterdoloso. Como explica Israel Jorio, aceitando-se o latrocínio como preterdoloso, caso o resultado morte seja produzido o agente responderá pelo roubo qualificado; do contrário, não havendo morte, responderá pelo roubo simples. Por sua vez, caso intente intencionalmente contra a vida alheia, ocorrerá homicídio (consumado ou tentado) em concurso com roubo ou furto. As “quatro hipóteses”, assim, seriam facilmente solucionadas.¹²³ Por outro lado, prossegue o jurista citado, caso se considere o latrocínio como um crime complexo autônomo, haverá grave violação ao princípio da Legalidade, pois será necessário afastar a aplicação do artigo 14 do Código Penal.¹²⁴ Estar-se-ia num beco sem saída, senão veja-se. No caso de homicídio consumado e subtração tentada, ou diz-se que o latrocínio é tentado, obedecendo à norma do art. 14 de nosso Código Penal (assim como à unidade do crime complexo) e conferindo proteção insuficiente à vida (uma vez que o crime inteiro passará a ser tentado, mesmo que o crime-membro mais grave tenha se consumado) ou então nega-se vigência ao artigo 14, com vistas a qualificar o latrocínio como consumado, agravando a situação do acusado, muito embora a subtração não tenha ocorrido. De qualquer forma, ou se viola o Princípio da Legalidade ou há, no mínimo, tutela deficiente da vida.

¹²² CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.389-392.

¹²³ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.254.

¹²⁴ Ibidem. p.258.

3.2. A competência para julgamento do latrocínio

Joaquim de Almeida, em interessante artigo, percebe outro problema da consideração da vida como mero crime-meio. Questiona, em suma, a competência do juízo singular para o julgamento do crime de latrocínio¹²⁵, que é outro ponto relevante ao se falar em latrocínio. O referido autor, que considera o latrocínio um crime sempre inteiramente doloso, toma por inaceitável que o roubo de patrimônio (crime-fim) tenha o condão de assegurar a competência do juízo singular. Afirma, assim, haver um paradoxo: a vida passa a ser um bem jurídico de menor valor, por ser um crime-meio no latrocínio, em relação ao patrimônio. Ao atestar a existência do *animus necandi* no crime em questão, conclui que a manutenção do latrocínio no Título II – “Dos crimes contra o patrimônio” foi um equívoco, e que o latrocínio deveria ser reinserido no capítulo “Dos crimes contra a vida”, ou seja, o juízo singular seria incompetente para o seu julgamento.¹²⁶

Para o supracitado autor, o latrocínio deveria ser tipificado como crime autônomo, sendo que para o mesmo o referido crime é atualmente puramente doloso. Com a devida vênia, talvez haja aí uma contradição. Se é sugerida a tipificação como crime complexo autônomo, significa que o latrocínio ainda não existe como tal. Mas como admitir então que ele exista em sua forma inteiramente dolosa? A aceitação do dolo quanto ao crime de homicídio, lembrando que o roubo é sempre doloso, importa dizer que ambos os crimes são desejados pelo agente, de modo que o latrocínio já estaria de fato previsto como a soma dos dois crimes-membros, os quais formariam a unidade complexa. Se o referido autor afirma que esta unidade complexa não existe, a única opção possível é aceitar a preterintencionalidade do latrocínio, que, de fato, solucionaria o problema da competência para julgamento.

Compreendendo-se o crime do § 3º do artigo 157 do CP como o crime de roubo qualificado apenas preterdoloso, a fixação da competência seria incontroversa, pois caso houvesse a intenção de matar (*animus necandi*) ocorreria um concurso

¹²⁵ E por consequência a Súmula 603 do Supremo Tribunal Federal, a qual considera “anacrônica e inconstitucional”.

¹²⁶ ALMEIDA, Joaquim Caetano de. A aplicação da teoria da proporcionalidade constitucional no direito penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n. 38, p.58-78, out./nov. 2010.

material do roubo com homicídio doloso, ainda que na forma tentada, deslocando a competência para o Tribunal do Júri. Caso a morte fosse culposa, por outro lado, num contexto de roubo, a competência seria do juízo singular.

3.3. A consideração de latrocínio único no caso de diversos homicídios

Por fim, o terceiro problema que aqui se explora, também decorrente do fato do bem jurídico de maior relevância ser tratado apenas como um crime-meio, é o tratamento dispensado ao latrocínio quando existentes múltiplas vítimas.

Rogério Greco, citando precedente do ano de 2008¹²⁷, demonstra ter havido uma mudança de entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Antes, era pacífica a consideração de crime único, de tal sorte que haveria um único latrocínio no caso de ocorrerem diversas mortes, sendo estas ponderadas tão somente ao se aplicar a pena-base. Atualmente, no entanto, a referida Corte tem aplicado o concurso formal impróprio no caso de multiplicidade de vítimas.¹²⁸

Aduz o supracitado autor que nada impede a aplicação do raciocínio do concurso de crimes nos casos de várias subtrações com vários resultados morte. Cita, como exemplo, o caso hipotético de um roubo a um prédio de apartamentos, com os agentes subtraindo bens de diversas pessoas, causando a morte de algumas. O autor refere que neste caso seriam cabíveis muitas discussões, que girariam em torno da natureza do concurso de crimes, se material, formal ou continuado.¹²⁹

A par da nova tendência jurisprudencial de admitir a existência de concurso formal impróprio, Marco Olivera já percebia na tese de crime único um forte indício da preterdolosidade do latrocínio. Questiona o autor:

[...] como explicar a contradição que se estabelece entre os intérpretes que conferem relevância ao elemento subjetivo que gerou o resultado qualificador do crime de roubo, e, de outro lado, desprezar o referido elemento subjetivo nas hipóteses de vários

¹²⁷ HC 56.961/PR, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 7/2/2008 p.1.

¹²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p.78.

¹²⁹ Ibidem. p.78.

resultados fatais, a título de dolo, reconhecendo-se no evento crime único?¹³⁰

O supracitado autor afirma que a única conclusão compatível com o entendimento de que a ocorrência de dupla morte não caracteriza duplo latrocínio seria a de que o § 3º, do art. 157, do Código Penal, somente se daria nos eventos em que o resultado morte derivasse de culpa. Aduz que não seria razoável admitir a tese de crime único caso a norma penal em comento abrangesse a figura dolosa em seu espectro incriminador.

4. A inconstitucionalidade do crime de latrocínio em nosso ordenamento

No início do presente trabalho foram expostos diversos princípios de alta relevância para o Direito Penal moderno. Neste tópico, procura-se comparar o conteúdo dos princípios estudados com as diferentes interpretações conferidas ao crime de latrocínio.

Celso de Mello aponta que a violação a um princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, uma vez que implica ofensa a todo o sistema de comandos, não apenas a um mandamento obrigatório específico. Representa, nas palavras do autor, “insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.¹³¹

Adverte Israel Jorio, neste aspecto, que caso eventualmente se reconheça a inconstitucionalidade do latrocínio não se estará por consequência institucionalizando uma impunidade das condutas compostas pelos delitos de furto (ou roubo) e homicídio (culposo ou doloso). Assim, a invalidação do tipo penal não é uma conduta irresponsável, e nem mesmo amenizará o tratamento penal para o pretense latrocínio, sendo que nosso ordenamento já possui fórmulas para lidar com os crimes que o compõe, tais como os sistemas de concurso de crimes e de cumulação de penas.¹³²

¹³⁰ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. Reflexões sobre o crime de roubo qualificado pelo resultado. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 37, Janeiro-abril de 2007. p.89.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.987.

¹³² JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.288.

Feita esta breve introdução, passa-se a analisar os três princípios constitucionais penais desenvolvidos no início do trabalho. Para cada princípio, será aferida a constitucionalidade em relação tanto aos aspectos de criminalização (primária e secundária) quanto às diferentes interpretações acerca do delito de roubo qualificado pelo resultado morte (preterdoloso, inteiramente doloso ou “ambivalente”).

4.1. Violação ao Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade¹³³, juntamente com o Princípio da Culpabilidade, presta-se a adequar a sanção penal ao agente infrator. Nas palavras de Israel Jorio, confere o princípio em questão uma tonalidade justa à reprimenda; instrui o condenado e os demais cidadãos pela pena; traça uma correspondência linear inteligível entre o valor do bem aviltado, o desvalor do comportamento e a intensidade da resposta penal.¹³⁴

Infelizmente, vê-se o quanto este princípio foi desrespeitado. Com efeito, ao se observar as três interpretações possíveis de serem conferidas ao crime de latrocínio, nota-se que nenhuma se adequou à proporcionalidade da forma como deveria.

Em primeiro lugar, ao se interpretar que o artigo 157, § 3º do Código Penal institui o roubo qualificado pela morte preterdolosa, ou seja, que o resultado qualificador apenas pode se dar a título de culpa, a desproporcionalidade das penas é evidente. Como expõe Israel Jorio, a pena do roubo simples é de 4 a 10 anos, mais a multa. Ao roubo qualificado pela morte (considerada nessa primeira interpretação como apenas culposa) o legislador impôs a pena mínima de 20 anos e máxima de 30 anos. O “peso” do homicídio culposo, aqui, seria adicionar de 16 a 20 anos de reclusão. Nota-se claramente a desproporcionalidade ao se comparar com o crime de homicídio culposo cometido isoladamente, cuja pena é muito mais branda, de 1 a

¹³³ Para Humberto Ávila, um postulado normativo.

¹³⁴ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.301.

3 anos de detenção¹³⁵. O jurista citado lembra que as penas previstas para o homicídio culposo devem servir de referência para a fixação da punição do crime qualificado pelo resultado morte culposa, mesmo que os desvalores das condutas sejam diferentes.¹³⁶ Ainda assim, a desproporção é gritante. Ademais, como visto em tópico anterior, a pena aqui seria maior do que a do agente que mata por um motivo torpe, sendo que a morte aqui aconteceria culposamente num contexto de roubo.

A segunda interpretação é a de que o resultado morte somente pode se dar a título de dolo. Tal interpretação também não passa pelo crivo da proporcionalidade. O melhor parâmetro para aferi-la, aqui, seria a soma dos crimes que compõe a unidade complexa: roubo simples e homicídio doloso. A pena, no entanto, teria uma quantidade mínima de 10 anos (6 do homicídio mais os 4 anos do roubo) e máxima de 30 anos (20 do homicídio e 10 do roubo). Mesmo se fosse considerado o homicídio como sendo sempre qualificado (como forma de execução do roubo), a pena mínima seria de 16 anos de reclusão, abaixo dos atuais 20 anos. Lembre-se, também, que de acordo com a já analisada Súmula 610 do STF mesmo que a subtração permaneça tentada o latrocínio será tido por consumado. Neste último caso, a desproporcionalidade seria ainda maior se fossem comparados separadamente os crimes integrantes da unidade complexa.

A terceira posição, que como visto foi adotada pela doutrina e jurisprudência, é entender o artigo 157, § 3º como o dispositivo do latrocínio ambivalente, isto é, com o homicídio cometido dolosa ou culposamente. Destaca Israel Jorio ser esta a pior interpretação possível, e que a equiparação do dolo à culpa fere, de modo frontal, não só o Princípio da Proporcionalidade, mas também os Princípios da Individualização das Penas e da Culpabilidade, pois a reprovabilidade da conduta dolosa suplanta em muito a da culposa. Cezar Bitencourt, apesar de não defender a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, tece severas críticas:

[...] não se pode silenciar diante de um erro crasso do legislador, que equiparou dolo e culpa, pelo menos quanto às consequências, neste caso específico. Na verdade, o evento morte, no latrocínio, tanto pode decorrer de dolo, de culpa ou de preterdolo, e se lhe atribuir a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (20 a 30 anos

¹³⁵ Aqui está outro aspecto desproporcional. A pena de detenção permite arbitramento de fiança pelo próprio delegado, veda o regime inicial fechado e é cumprida em estabelecimento diferenciado.

¹³⁶ Ibidem. p.306-309.

de reclusão), o que agride o bom senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁷

Nas três interpretações, portanto, se percebem graves violações ao Princípio da Proporcionalidade, não só entre “latrocínios” diversos, como também deste delito se comparado a outros. Mas a violação a este princípio acarreta também um desrespeito à individualização das penas.

4.2. Violação ao Princípio da Individualização das Penas

O Princípio da Individualização das Penas é aplicado em três fases distintas: legislativa, judicial e executiva. Como se percebe, logo na primeira fase, de definição legislativa da sanção, há violação ao princípio em comento. O legislador, ao atribuir a mesma pena a casos diversos, incorreu em grave inconstitucionalidade: condutas de desvalores diferentes devem ser tratadas também de forma distinta. Conferir a mesma pena a latrocínios preterdolosos e inteiramente dolosos é fazer uma padronização que é vedada pelo Direito Penal.

4.3. Violação ao Princípio da Legalidade

Anteriormente, viu-se que o princípio da legalidade formal pode ser decomposto em quatro vertentes, referentes ao brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Além do aspecto material do princípio em questão, consubstanciado na obrigatoriedade da lei ser materialmente necessária, as exigências de que a lei seja *stricta, scripta, praevia* e *certa* trouxeram maior segurança jurídica aos cidadãos. Quanto às vertentes *stricta, scripta* e *praevia*, não há maiores considerações a fazer, pois todas foram devidamente respeitadas quando da criação do tipo legal.

Quando se olha para a exigência de que a lei penal seja certa, todavia, percebe-se o quanto esta foi desrespeitada.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.125.

Israel Jorio questiona-se:

Quais são os elementos objetivos e subjetivos deste tipo penal? Como identificá-los, sem que uma conduta típica seja descrita para tanto? [...] É possível que o § 3º do art. 157 seja o único crime doloso sem definição de conduta? Que não trata nem ao menos uma ação ou omissão (núcleo dos tipos dolosos)?¹³⁸

O citado autor defende a completa ausência de descrição de conduta no crime em questão, afirmando haver no tipo penal apenas a descrição de uma relação de causalidade, e não a proibição de uma ação de matar alguém, a qual está prevista no homicídio.¹³⁹

Com efeito, o supracitado jurista afirma que “continuamos sem a previsão de um comportamento no qual o homicídio seja disposto como *modus operandi*”. Ou seja, não narra a conduta de matar alguém para subtrair ou garantir a subtração de coisa alheia móvel. O entendimento que enxerga ali tal previsão legal é apenas doutrinário e jurisprudencial, que jamais poderá suprir a exigência de lei certa, imposta pelo Princípio da Legalidade.¹⁴⁰

5. Provável origem do problema

O Código Penal brasileiro sanciona de forma demasiadamente severa os delitos patrimoniais. Historicamente, a super proteção conferida ao bem jurídico *patrimônio* suscita até mesmo a dúvida se este bem jurídico é considerado mais importante por nosso ordenamento quando comparado a outros, tais como a integridade física, a liberdade sexual ou mesmo a própria vida. Ressalte-se que as duas maiores penas do Código Penal pertencem a crimes contra o patrimônio, não obstante também afetem o bem jurídico *vida* – extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 159, § 3º) e o próprio roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157, § 3º, *in fine*) – além de existirem diversas outras incongruências internas na parte especial do referido código.

Lista, Israel Jorio, diversos outros crimes que possuem entre em si uma desproporção manifesta entre a pena cominada e a importância do bem jurídico

¹³⁸ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.292.

¹³⁹ Ibidem. p.293.

¹⁴⁰ Ibidem. p.294-298.

tutelado, demonstrando a valorização exacerbada que se confere ao patrimônio. São exemplos o furto simples (1 a 4 anos) se comparado ao sequestro (1 a 3 anos), o furto qualificado (2 a 8 anos) se comparado à lesão corporal gravíssima ou à tortura simples (ambos também com pena de 2 a 8 anos de reclusão), entre diversos outros casos.¹⁴¹

Não se deseja aqui adentrar nas causas dessa valorização extrema do patrimônio. Tampouco se nega aqui a importância de se tutelar adequadamente o bem jurídico patrimonial. Sentimentos de cobiça e disputas por riquezas são altamente prejudiciais a qualquer meio social. O que se questiona, na verdade, é o altíssimo apenamento de crimes patrimoniais complexos que podem se operar de forma preterdolosa quando comparados aos seus equivalentes inteiramente dolosos, considerando os crimes-membro que os compõe de forma separada. Exemplificando, a pena mínima cominada para um roubo qualificado pela morte culposa é de reclusão por vinte anos. Por outro lado, considerando-se o crime de roubo em concurso (ainda que material) com um homicídio qualificado por motivo torpe (obviamente doloso) chega-se à pena mínima de dezesseis anos! Pune-se, assim, condutas em parte culposas - correspondentes a crimes graves, é verdade, mas ainda assim preterdolosas - de forma mais contundente que condutas compostas inteiramente pelo elemento subjetivo de maior desvalor, qual seja, o dolo.

Qual a justificativa, se é que existiria alguma, para se punir condutas preterdolosas de forma mais severa que condutas inteiramente dolosas? Tem-se aqui um equívoco no momento de atribuição das penas, um problema de proporcionalidade, que como se viu anteriormente exige uma lógica interna entre os delitos de nosso ordenamento jurídico-penal. O que parece, de fato, é que este equívoco por parte do legislador acarretou um segundo erro, agora por parte da doutrina e dos julgadores, de entender que o § 3º do artigo 157 aceitaria também a morte dolosa. Como bem conclui Cezar Roberto Bitencourt, se referindo ao delito do §3º do artigo 157 do Código Penal:

Procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o

¹⁴¹ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.185-188.

resultado morte ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente.¹⁴²

Ou seja, fez-se de fato uma tipicidade “invertida”: definiu-se o crime em virtude da pena, que por ser demasiadamente alta levou a doutrina a admitir também o crime mais grave que ali poderia existir, o roubo conjuntamente com a morte dolosa. A situação que já era grave quando da edição do Código Penal se agravou em 24 de dezembro de 1996, com a edição da Lei 9.426. Essa Lei aumentou a punição de diversos crimes patrimoniais, entre os quais o roubo qualificado pela morte, cuja pena mínima foi elevada de 15 anos para o patamar atual, de 20 anos. Se antes a doutrina já tendia a aceitar a morte dolosa, após o aumento da pena a pacificação foi total. Israel Jorio, demonstrando revolta quanto a essa aceitação passiva por parte da doutrina, critica:

(...) ora, se 'o estatuto penal cominou pena que não se harmoniza com o delito preterdoloso', então que se critique esse apenamento, que se ataque essa imperfeição, que se pugne pela sua alteração, e não que se mude a natureza do delito, modificando o âmbito original de incidência da intervenção penal para justificar a falha legislativa e torná-la *aproveitável* (!).¹⁴³

Cabe a ressalva de que a alta pena cominada, por si só, não teria o condão de causar tantas dúvidas nos aplicadores do direito se não estivesse aliada a uma descrição típica que permitisse tantas conclusões divergentes. Nessa senda, parece haver aqui um problema de legalidade, mais especificamente quanto à exigência da lei penal ser certa, clara e taxativa.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.124.

¹⁴³ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.196.

3ª PARTE: DIREITO COMPARADO E SOLUÇÕES

1. O latrocínio no Direito Comparado

Explica Marcelo Barbosa que as codificações não disciplinam o latrocínio de maneira uniforme, sendo possível distinguir claramente três orientações distintas acerca do tratamento do crime em questão. Alguns ordenamentos jurídicos optam por considerar o latrocínio uma qualificadora do homicídio, enquanto outros tratam-no como uma espécie de roubo qualificado, como nosso ordenamento faz. Uma terceira forma é tipificá-lo como um delito autônomo, orientação essa já em desuso.¹⁴⁴ Resta claro, portanto, que o latrocínio não é um crime controvertido apenas no Direito Penal brasileiro.

Inicialmente, como representante do primeiro grupo, há o Código Penal da Itália. Conforme o jurista supracitado, o legislador italiano trata o latrocínio como uma forma qualificada de homicídio, filiando-se à orientação que dá prevalência ao crime-meio (homicídio) sobre o crime-fim (roubo). Para este ordenamento, o latrocínio é um homicídio qualificado pela conexão, teleológica ou consequencial.¹⁴⁵ Utiliza-se o artigo 576 do referido diploma legal (que diz respeito ao homicídio) em concurso com o artigo 61 (que lista as “agravantes comuns”), inciso II, que assim dispõe:¹⁴⁶

Art. 61 – Agravam o crime, quando não são elementos constitutivos dele ou circunstâncias agravantes especiais, as circunstâncias seguintes:

[...]

II – Cometer o crime para executar ou ocultar outro, ou para conseguir ou assegurar para si ou para outrem o produto ou o proveito ou o valor, ou ainda a impunidade de outro crime.

Como exemplo da segunda forma de tratamento dispensada ao latrocínio, há (ou ao menos havia) o Código Penal alemão. Ainda conforme Marcelo Barbosa, no ordenamento em questão dava-se prevalência ao roubo (crime-fim) sobre o

¹⁴⁴ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Latrocínio**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.24.

¹⁴⁵ Ibidem. p.24.

¹⁴⁶ Art. 61 – Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti: [...] II – l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato;

homicídio (crime-meio), nos §§ 214 e 215, orientação esta seguida pelo Código Penal brasileiro de 1940. Ambos os parágrafos assim dispunham:

214 - Aquele que na prática de uma “ação punível”, dolosamente mata um homem, seja para remover um obstáculo que se opõe à execução daquela, seja para escapar ao flagrante, é punido com dez anos de reclusão ou com reclusão perpétua.

215 – O autor do roubo é punido com reclusão não inferior a dez anos, ou com reclusão perpétua, quando ao praticar o roubo martiriza uma pessoa, ou da violência empregada resulta para ela lesão grave ou morte.

Tal orientação foi seguida não só pelo Código Penal brasileiro de 1940, mas também pelos Códigos holandês, norueguês, suíço, polonês, grego e espanhol. O supracitado autor destaca, todavia, que os §§ 214 e 215 foram revogados em setembro de 1941, voltando-se a legislação alemã para a orientação do Código Penal italiano.¹⁴⁷

O Código Argentino também orientou-se pelo critério que dá prevalência ao crime-fim (roubo). Assim, há naquele ordenamento os mesmos problemas existentes no Direito Penal brasileiro, no que tange ao latrocínio. Aduz Marcelo Barbosa, todavia, que a doutrina argentina é pacífica em considerar o roubo qualificado pelo resultado morte como delito apenas preterdoloso. Notam, os juristas daquele país, os problemas de proporcionalidade decorrentes da consideração do homicídio doloso como parte integrante do roubo qualificado. Resolvem, assim, a questão do roubo em conjunto com o homicídio doloso utilizando recursos tais como o concurso de crimes.¹⁴⁸

O Código Penal Português, conforme o jurista supracitado, filiou-se à orientação que considera o latrocínio como delito autônomo, assemelhando-se, assim, ao Código Penal brasileiro de 1969 no tocante à caracterização do roubo seguido de morte como crime complexo.¹⁴⁹ Assim dispõe o artigo 433 do Código Penal Português:

Art. 433. Quando o roubo for cometido ou tentado, concorrendo com o crime de homicídio, será aplicada ao criminoso a pena de prisão de vinte a vinte e quatro anos.

Como se vê, é expressamente proclamada a irrelevância do roubo ser tentado ou consumado: de qualquer forma haverá latrocínio.

¹⁴⁷ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Latrocínio**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.25.

¹⁴⁸ Ibidem. p.28.

¹⁴⁹ Ibidem. p.26.

Percebe Israel Jorio que gradativamente passou a perder prestígio a solução do tratamento do latrocínio como roubo qualificado, ou seja, conferindo prevalência ao crime-fim menos grave (roubo) em detrimento do do crime-meio mais grave (que atenta contra a vida). Ademais, mesmo a legislação alemã, antes de aderir ao modo italiano de tratar o latrocínio, fazia distinção entre a ação homicida dolosa e a culposa. A primeira era tratada no § 214, enquanto a segunda era disciplinada pelo § 215. Conclui o autor que no Brasil, além de entender a doutrina vigorar o tratamento do latrocínio como roubo qualificado, enquadra ambas as espécies (dolosa e culposa) no mesmo dispositivo (art. 157, § 3º, parte final do CP).¹⁵⁰

2. Anteprojeto de Código Penal – Projeto de Lei de nº 236 do Senado Federal

No Anteprojeto de Código Penal¹⁵¹, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, o crime de latrocínio (o novo Código traz explicitamente esta palavra) permanece previsto no artigo 157, mas agora se localiza em um inovador parágrafo quinto, não estando mais o crime previsto dentre as espécies genéricas de roubo qualificado. Assim dispõe o Anteprojeto:

Art. 157 [...]

Roubo com lesões graves e latrocínio

§ 5º – Se, para praticar o fato, assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente causa lesão corporal grave, em qualquer grau, na vítima ou em terceira pessoa, a pena será de prisão de sete a quinze anos; se causa a morte, de vinte a trinta anos.

Não obstante as penas em geral dos delitos contra o patrimônio no Anteprojeto de Código Penal estejam sendo reduzidas¹⁵², a pena do latrocínio, como se vê, permanece a mesma, de vinte a trinta anos. A verdadeira modificação está no texto legal. Como explica com exatidão o relatório da Comissão de Juristas

¹⁵⁰ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.180.

¹⁵¹ Disponível em (acessado em 21/11/2015):

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>

¹⁵² Exemplificando, a pena do roubo simples passa dos atuais 4 a 10 anos para o mínimo de 3 e o máximo de 6 anos.

encarregada do Anteprojeto, “a proposta realiza pequena reordenação, para oferecer mais elementos de tipificação do que a lacônica versão do atual Código Penal”.

Em verdade, embora tenha deixado de utilizar as expressões “se da violência” e “se resulta”, o dispositivo mantém alguns dos problemas hoje existentes. Ao não excluir expressamente a possibilidade de dolo quanto ao resultado qualificador, mantém a dúvida acerca da preterdolosidade do delito. Ademais, é utilizada a expressão “se causa”, a qual, assim como a expressão “se resulta”, apresenta um teor de acidentalidade (conforme explorado em tópico anterior) que lhe é inerente, sendo própria dos delitos culposos. A explicitação de que a morte se dá para “assegurar a impunidade do crime” ou “assegurar a detenção da coisa” é para eliminar qualquer resquício de responsabilidade objetiva que poderia permanecer ao se interpretar a expressão “se da violência resulta”.

Além disso, até o momento o Anteprojeto não cria um tipo autônomo para o latrocínio, nem parece dividir os roubos com mortes dolosas e culposas em dispositivos apartados, o que seria altamente recomendável.

3. Possíveis soluções

Objetiva-se, agora, apresentar algumas soluções para o problema do presente trabalho. Pretende-se mostrar como deveria ser o tratamento não só do roubo qualificado pela morte culposa, mas também a forma de lidar com os casos de roubo com homicídio doloso.

3.1. Possível tratamento para o roubo qualificado pela morte culposa

Mostrou-se, no decorrer do trabalho, que a doutrina e jurisprudência brasileiras consideram, de forma amplamente majoritária, o crime previsto no artigo 157, § 3º, parte final do CP como preterdoloso ou inteiramente doloso, indistintamente. Não obstante, demonstrou-se que o crime em questão deveria ser considerado apenas preterdoloso, sendo a celeuma oriunda da redação inadequada do dispositivo, bem como das altas penas cominadas. A redação equívoca do

dispositivo legal, ao não prever expressamente a conduta de matar dolosamente num contexto de roubo, violou princípios importantes tais como o Princípio da Legalidade, acarretando grave insegurança e fazendo com que a doutrina e jurisprudência tivessem dúvidas quanto ao elemento subjetivo do resultado qualificador. Quanto às penas cominadas, as que estão hoje previstas no artigo 157, § 3º, parte final são altamente desproporcionais, infringindo princípios também importantes como o da Proporcionalidade e o da Individualização da Pena.

Encare-se primeiro o problema do preceito primário, isto é, a redação do dispositivo legal que define o crime. Um bom parâmetro de como poderia ser a redação do roubo qualificado pela morte culposa é o crime de lesões corporais seguido de morte (art. 129, § 3º, CP), tido aqui como um “tipo-modelo” de correção.

A jurisprudência tem especial cuidado de destacar a ausência do chamado *animus necandi* no agente para a configuração da lesão corporal seguida de morte. Um exemplo é este julgado de 2004, em que na própria ementa é evidenciada a ausência de dolo quanto ao fato morte, sendo portanto um delito essencialmente preterdoloso:

APELAÇÃO CRIME. DEFESA. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LEGÍTIMA DEFESA NÃO-CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Bem delineado o tipo penal preterdoloso descrito no art. 129, §3º, do Código Penal (lesão corporal seguida de morte), porquanto os autos revelam que **o réu agiu com o dolo de lesionar a vítima, mas sem querer ou assumir o risco de produzir-lhe a morte**, ainda que previsível, restando evidenciada, ainda, a relação de causalidade entre a agressão e o resultado, deve ser mantida a condenação. (Apelação Crime Nº 70009802109, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 18/11/2004)

Por outro lado, neste segundo julgado resta claro que a presença do desejo de matar impede a desclassificação do crime para a lesão corporal, bem como desloca a competência para o Tribunal do Júri:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA MANTIDA. QUALIFICADORAS MANTIDAS. Pronúncia. A existência do fato restou evidenciada pelo auto de necropsia realizado na vítima que constatou a morte em decorrência de "infecção respiratória aguda por longo período acamado em decorrência de traumatismo crânio-encefálico", causado por instrumento contundente. A autoria é indicada pela prova testemunhal que relatou ter, em tese, o

recorrente agredido o ofendido com chutes. Dolo. **Há nos autos elementos que indicam a existência eventualmente do "animus necandi", o que só poderá ser afastado pelo Tribunal do Júri.** Não há falar, assim, na desclassificação para lesão corporal pretendida pela defesa. Motivo fútil. Manutenção. Indícios de ter o crime sido praticado em virtude de desentendimento, após a vítima ter repreendido o corréu por ter proferido "palavrões" em conversa telefônica. Meio cruel. Manutenção. A forma da agressão retratada pela hipótese acusatória, praticada contra vítima idosa, por meio de socos, chutes e pedra/tijolo, aponta para a possibilidade de eventual configuração da qualificadora. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70059288498, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 21/08/2014)

Esther Ferraz¹⁵³ possui entendimento diverso do exposto no presente trabalho, afirmando que, face à inexistência de uma proibição expressa para o resultado mais grave ser punido a título de dolo – omissão que ocorre também no caso do Latrocínio – não há motivo para desconsiderar essa hipótese. Assim, a redação do crime do artigo 129, § 3º demonstraria que, quando o legislador quis afastar o dolo, ele o fez expressamente. Por consequência, crimes tais como o latrocínio e o estupro seguido de morte deveriam ser enquadrados na mesma figura típica, tanto nos casos em que são cometidos com dolo quanto nos casos cometidos com culpa no crime subsequente.

De qualquer forma, a redação do crime em questão realmente é exemplar. Veja-se que o legislador teve o cuidado de afastar do tipo legal o dolo direto (“o agente não quis o resultado”) bem como o dolo eventual (“nem assumiu o risco de produzi-lo”). A redação do roubo qualificado pela morte, como sugere Israel Jorio, poderia seguir esta mesma lógica, possuindo o seguinte texto:

Art. 157, § 3º, in fine – se da violência resulta a morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo. [...] ¹⁵⁴

No entanto, não é apenas o preceito primário que deve ser corrigido. Há que se resolver, também, a questão das penas cominadas, as quais atualmente são altamente desproporcionais. Considerando a estrita relação do roubo qualificado pela morte culposa com os crimes de roubo simples em concurso com homicídio culposos,

¹⁵³ FERRAZ, Esther de Figueiredo. **Os Delitos Qualificados pelo Resultado no Regime do Código de 1940**, 1948. p.140.

¹⁵⁴ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.367.

a primeira pergunta pertinente é se deve a pena do primeiro crime ser superior a dos dois outros crimes em concurso. Israel Jorio considera que sim, uma vez que, caso se entenda que é injusta a majoração da pena do homicídio culposo pela sua ligação com o roubo, seria desnecessária a previsão de um tipo penal derivado (roubo qualificado pelo resultado), pois já existe o concurso de crimes. Ademais, explica o autor:

[...] há uma diferença entre o desvalor da produção culposa da morte em consequência do excesso ou da temeridade no uso de violência, e aquele atinente ao descuido na direção de uma conduta inicialmente lícita, até socialmente adequada, num primeiro instante, mas, em determinado momento, mal executada.¹⁵⁵

Em sentido contrário, defendem Juarez Cirino dos Santos¹⁵⁶ e Juarez Tavares¹⁵⁷ que a pena nos crimes qualificados deveria ser mais branda que a soma das penas dos delitos separadamente considerados. Caso contrário, estar-se-ia a revitalizar o banido *versari in re illicita*.

Bem lembra Israel Jorio que o acréscimo que a causação culposa da morte pode gerar no delito de roubo (e em qualquer outro) jamais pode chegar à pena do homicídio doloso, o qual funciona como limite intransponível para a sanção. O jurista citado sugere, por fim, a pena de reclusão de 7 a 15 anos para o roubo qualificado pela morte culposa, considerando a mínima de 4 anos do roubo simples com 3 anos de produção culposa da morte, e a máxima de 15 anos (máxima do roubo simples equivale a 10 anos, enquanto que a punição máxima pela morte culposa é de 5 anos).¹⁵⁸

3.2. O enquadramento dos casos de roubo com homicídio doloso

O tratamento dispensado aos casos de roubo com homicídio doloso também deve ser rediscutido. Nesta hipótese, o homicídio doloso pode ser praticado tanto para a realização do roubo ou para asseguuração do objeto subtraído ou da fuga. Foi

¹⁵⁵ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.355.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. p.123-124.

¹⁵⁷ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma contribuição à teoria do crime culposos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.432.

¹⁵⁸ Ibidem. p.366-367.

visto no decorrer do trabalho que o latrocínio dito “ambivalente”, isto é, o que prevê no mesmo tipo legal os dois crimes distintos (com homicídio doloso e culposo) é inaceitável, acarretando inconstitucionalidades insanáveis. Outrossim, ao se analisar os problemas da tentativa e dos roubos com múltiplos homicídios, mostrou-se que condicionar a punição da violação de um bem jurídico de maior importância (vida) a outro de menor importância (patrimônio) traz sérias contradições, além de proteger insuficientemente o bem jurídico vida. Destarte, a criação de um tipo complexo e autônomo, compreendendo a fórmula “homicídio doloso + roubo = latrocínio) não é a mais indicada.

A sugestão de Israel Jorio, para a atualidade, é empregar a técnica do concurso material de crimes entre o homicídio qualificado do art. 121, § 2º, V, do CP (homicídio cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) e o roubo.¹⁵⁹

Como técnica legislativa objetivando resolver o problema, o supracitado autor sugere a adição de um novo inciso ao § 2º do artigo 121, tipo penal de homicídio, ou então em um novo tipo penal, definidor da conduta do latrocínio. Eis a possível redação:

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 20 (vinte) a 30 (trinta) anos.

Com efeito, esta orientação, baseada no tratamento dispensado pelo Código Penal italiano, parece ser melhor orientação, pois define a conduta de matar dolosamente para realizar (ou assegurar) a subtração, superando os problemas com o Princípio da Legalidade anteriormente citados.

¹⁵⁹ JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.368.

CONCLUSÃO

Como visto, a forma como o ordenamento jurídico brasileiro trata o crime de latrocínio precisa ser repensada. Atualmente, há a aceitação amplamente majoritária do latrocínio “ambivalente”, que pode envolver culpa ou dolo quanto ao resultado morte, indiferentemente. Entende-se, destarte, que ambas as espécies do crime de latrocínio estariam tipificadas no mesmo dispositivo, artigo 157, § 3º do Código Penal. No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar que tal entendimento é consequência de uma redação não muito clara do referido texto legal, bem como a cominação de uma pena excessivamente alta.

Nesta senda, após se efetuar uma análise histórica do latrocínio, seguida da utilização de diversos expedientes argumentativos, concluiu-se que o delito previsto no artigo 157, § 3º do CP é apenas preterdoloso. Não há, assim, como se admitir a presença do elemento subjetivo dolo quanto ao resultado qualificador, de modo que a exceção criada pelos juristas pátrios para o delito de latrocínio, bem como para alguns outros delitos patrimoniais, é injustificada.

Com uma análise mais apurada, viu-se que a própria decisão do legislador de 1940 em seguir o modelo do Código Penal alemão então vigente e elencar o referido crime dentre as formas de roubo qualificado traz inúmeros problemas, como os referentes à tentativa, à competência para julgamento e aos casos de roubo com múltiplas vítimas. Considerar o homicídio como mero crime-meio, não obstante atinja o bem jurídico de maior valor, traz contradições insuperáveis e termina por proteger a vida de forma deficiente. Entretanto, também foi demonstrado que, caso o latrocínio seja compreendido como um delito apenas preterdoloso, muitos destes problemas são resolvidos. Se estes problemas de ordem prática já são difíceis de se superar, melhor sorte não há ao se aferir a conformidade do entendimento acerca do latrocínio com a Constituição Federal de 1988.

Com efeito, ao testar-se a forma como se lida com o crime de latrocínio, tomando-se como parâmetro os princípios de Direito Penal, chega-se à inevitável conclusão: o referido crime, tal como hoje compreendido e aplicado, é flagrantemente inconstitucional. Viola princípios relevantes do ordenamento jurídico, tais como os da Legalidade, da Individualização da Pena e da Proporcionalidade.

Para resolver a celeuma, ou se muda a maneira como os diferentes enquadramentos típicos são feitos, ou se expurga por completo o tipo legal de latrocínio do ordenamento. Escolhendo-se o primeiro caminho, uma possível solução seria enquadrar os casos em que ocorre um homicídio culposo num contexto de roubo no artigo 157, § 3º do CP, e, quando há a intenção de matar, utilizar o recurso do concurso de crimes, no caso do roubo simples e do homicídio qualificado. O melhor seria, contudo, a criação de um tipo penal englobando as condutas de roubar e matar dolosamente.

Ante todo o exposto, a questão do crime de latrocínio merece maior reflexão. Entende-se, aliás, que o Anteprojeto de novo Código Penal é uma excelente oportunidade para promover as tão necessárias mudanças legislativas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Caetano de. A aplicação da teoria da proporcionalidade constitucional no direito penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n. 38, p.58-78, out./nov. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: tomo 1**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e o latrocínio: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: v.2, Tomo II – parte especial**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **Os Delitos Qualificados pelo Resultado no Regime do Código de 1940**, 1948.

FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. 2002.

GIACOMOLLI, Nereu. MACHADO, Tomás. A dificuldade do reconhecimento da forma tentada nos crimes complexos. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, v.III**. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, v.1**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, v.2: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JÚNIOR, Octahydes Ballan. **Furto, roubo e extorsão: doutrina, jurisprudência e prática jurídica**. Leme: J. H. Mizuno, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade, v.7**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v.2**. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. São Paulo: Método, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Observações sobre o crime de roubo. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. **Reflexões sobre o crime de roubo qualificado pelo resultado.** *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 37, Janeiro-abril de 2007.

PARIZATTO, João Roberto. **Dos crimes contra o patrimônio.** São Paulo: Saraiva, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. Do latrocínio. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 166, p.42-54, 1991. apud FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", tomo V, pág. 546, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª edição, 1980.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível.** 4. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma contribuição à teoria do crime culposos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.