

O LATROCÍNIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Patrícia de Oliveira*

Resumo

A polêmica acerca do crime de latrocínio se deve à afinidade mantida com os delitos de homicídio e roubo, já que os dois ilícitos formam o tipo complexo do “crime de matar para roubar”. Sendo a vida o bem jurídico tutelado, há de se tipificar o latrocínio expressamente entre os crimes dolosos contra a vida, por prevalecer o crime-meio (homicídio) sobre o crime-fim (roubo). Conseqüentemente, trata-se de ilícito penal da competência do Tribunal do Júri. Porém os doutrinadores optam por conferir colocação artificial, deslocando-o para apreciação do juiz singular e, assim, gerando controvérsias nos institutos que o envolvem.

Palavras-chave: Crime de latrocínio. Crime contra o patrimônio. Crime de matar para roubar.

INTRODUÇÃO

O crime de latrocínio não consta como tipo especial no atual Código Penal, sendo expressão usual, para definir a forma mais grave do roubo, o “crime de matar para roubar” ou “matar roubando”. A divergência doutrinária e jurisprudencial é causada por sua má formulação típica, mantendo acirrada discussão sobre a correta capitulação nos códigos: se nos crimes contra a vida por sua ligação com o homicídio que é seu crime-meio, ou nos crimes contra o patrimônio, que é o crime objetivado.

* Advogada e especialista em Direito Penal pela UFG. *E-mail:* patoliv03@yahoo.com.br

Pelas várias legislações penais, existem três critérios de descrição das hipóteses de subtração patrimonial e homicídio: o critério que estabelece o resultado morte como qualificadora culposa do roubo (crime preterdoloso); o que deixa de prever o resultado morte como qualificadora do roubo e não define o fato em tipo especial, respondendo o sujeito pelos crimes de homicídio e roubo; e o que insere numa figura típica especial o dolo em relação à morte, esclarecendo que é irrelevante a consumação da subtração patrimonial.

Na legislação brasileira, o latrocínio integrou o elenco dos crimes previstos no livro V das Ordenações Filipinas, por meio de um alvará de 20 de outubro de 1763, e, então, passou a ser punido com a pena de morte por meio da forca.

No Código de 1830, constavam modalidades do delito nos arts. 271 e 272, punindo a forma mais grave com a pena do homicídio qualificado. A pena mínima era de 20 anos de galés; a média, de galés perpétuas; e a máxima, a de morte.

O latrocínio foi especificado, em dispositivo autônomo, no Código Penal de 1890, art. 359, sendo que a estipulação referente à tentativa, prevista no art. 360, já provocava acirrados debates na época.

O Projeto Alcântara Machado estipulou o latrocínio no art. 359, § 4º, dispondo que a pena do crime consumado ou tentado (do roubo) seria de reclusão por 15 a 30 anos, se da violência resultasse lesão grave ou gravíssima; e de reclusão por 15 a 30 anos, se da violência resultasse a morte.

O Código de 1940, atualmente em vigor, distanciou-se do entendimento do projeto, que se abstinha de considerar a consumação do crime-fim, para firmar a figura do latrocínio, tornando-o, portanto, resultante do homicídio, com o furto consumado.

O Código de 1969 orientou-se no sentido de fixação do latrocínio como crime autônomo complexo típico, mas sob a inscrição de roubo qualificado; acrescentou ao homicídio o aspecto de dolosidade com a expressão "voluntariamente"; confirmou a irrelevância da não-consumação da lesão patrimonial como forma de não aceitar dúvidas quanto à tentativa; estabeleceu regra relativa a concurso material de crimes, no caso de existência de mais de uma vítima; manteve a permanência da pena de multa relativa ao roubo, a qual não era mencionada no anteprojeto, e

também a pena-base com reclusão de 15 a 30 anos, que é a pena do Código de 1940, desprezando o acréscimo pretendido pelo anteprojeto para a pena máxima. Quanto à tentativa de latrocínio, não se fez alusão.

NATUREZA JURÍDICA DO LATROCÍNIO

Por sua natureza, o latrocínio não é propriamente um crime complexo, porque depende da orientação adotada pelo legislador para solucionar o problema da política legislativa e para definir qual bem seja prevalente, na estipulação do crime complexo, se em um título ou em outro da parte especial do Código Penal.

Em sentido estrito, parece-nos que o latrocínio se aproxima da fórmula prevista no homicídio qualificado pela conexão, quer teleológica (matar para roubar), quer consequencial (matar para assegurar a impunidade do roubo). Entretanto, perante seu elencamento no art. 157, § 3º, do Código Penal de 1940, não podem restar dúvidas de que o legislador descreveu ali um crime complexo porém não típico, como o roubo, mas sim um crime complexo agravado pelo resultado.

O código recepciona condições de maior punibilidade, em razão da maior gravidade do resultado, sendo indiferente que este seja voluntário ou involuntário. Não se estipula aqui, porém, um caso de excepcional responsabilidade objetiva pelo resultado – o que se vislumbra para o tratamento – de crimes preterintencionais ou preterdolosos, mas não acolhido na legislação pátria, posto que, sem o pressuposto do dolo e da culpa, nenhuma pena será irrogada.

A Súmula 610 do Pretório Excelso estabelece como sendo crime contra a pessoa, a ser prescrito em dispositivo próprio e autônomo, seguinte ao homicídio qualificado pela conexão, enfatizando-se o crime-meio, dada a importância do bem jurídico tutelado (a vida) sobre o crime-fim (subtração patrimonial).

Tal entendimento é mais adequado à realidade jurídica do latrocínio, por ser crime complexo eventual, quando o legislador assim o estipula, tendo o intuito de minimizar a incidência de problemas relativos à tentativa, posto que, para configuração do homicídio qualificado pela conexão teleológica, não se exige que o outro crime tenha sido consumado ou ao menos tentado. Ou seja, iniciada sua execução, o

motivo determinante do homicídio é, pois, o de assegurar a prática de outro crime, o que basta para que subsista a qualificadora.

Assim, fica distanciada a discussão sobre a ocorrência de responsabilidade objetiva nos casos ditos de preterdolosidade, já que a hipótese contemplada pela conexão, quer teleológica, quer consequencial, é eminentemente dolosa. Assim sendo, fica mais apropriado à natureza das coisas estipular-se o crime-meio (homicídio) como mais grave em relação ao crime-fim (roubo), pela importância do bem jurídico tutelado.

A orientação adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1890, pelo Código Penal Português (art. 433), pelo Código Penal Brasileiro de 1969 e Anteprojeto está correta ao considerar o latrocínio em dispositivo próprio e autônomo, como crime complexo, mas acentuando a dolosidade do evento morte, estipulando regras sobre a irrelevância da lesão patrimonial. É o tratamento que parece mais conveniente, pois, além de remeter a disciplina do roubo seguido de lesões graves para um dispositivo diverso do referente ao latrocínio, como no caso do nosso Código de 1969 (art. 168, § 2º, inciso IV), afastou o entendimento inaceitável dos que acreditam que o roubo seguido de lesões graves também deve ser considerado latrocínio. Noronha (1970, p. 309) refuta qualquer discussão acerca do absurdo latrocínio preterdoloso, exigindo o dolo do evento morte por parte do agente, embora em alguns códigos, como o brasileiro de 1969, se estipule o inaceitável roubo preterdoloso, em dispositivo próprio (§ 2º, n. V), como roubo qualificado.

Disto se evidencia que o latrocínio é questão controversa, de difícil tipificação para todas as codificações.

A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA DO LATROCÍNIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A competência do latrocínio é largamente discutida no nosso país, por ser o Tribunal do Júri corte constitucional instituída para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É despiciendo para o legislador constitucional a intenção do agente quanto ao patrimônio da vítima, já que a matou dolosamente. E, mesmo que ocorra apenas o crime-meio, é evidente que a regra processual que estipula a competência do Júri é dotada de *vis atractiva*, não se podendo argumentar que o art. 157, § 3º

não exige, para a agravante, o resultado dolo, ou seja, que a morte ocorra dolosamente, porque assim estaria afastada a competência do Júri pela admissão da forma preterdolosa ou culposa, como pensam os adeptos da teoria de que o latrocínio é um crime agravado pelo resultado.

Destarte, o referido parágrafo especifica que a morte da vítima resulta da violência empregada pelo agente, e, é certo, que ela ocorre de forma dolosa, já que violência culposa, em delito de roubo – que por si só é doloso e violento –, é uma contradição. Ademais, o preterdolo tem por fundamento ser o delito final ocasionado por culpa, como consequência do antecedente delito menor, ocasionado por dolo.

Tal afirmativa é uma antinomia à supremacia da objetividade jurídica visada pelo agente em relação ao patrimônio, porque nos leva a indagar se o delito patrimonial é culposo e se o delito contra a vida é doloso. Isto provoca uma enorme dúvida, até porque, no caso concreto, há a possibilidade de indagação sobre qual dos dois delitos ocorreu primeiro, o patrimonial ou o pessoal. Para estabelecer a preterdolosidade, é necessário determinar qual é o delito doloso e qual é o culposo.

Portanto não procede a assertiva de que o resultado morte, na legislação brasileira, é punido por meio da responsabilidade objetiva, ou mesmo da culpa, o que é repudiado até na Exposição de Motivos. O latrocínio jamais deixará de ser crime doloso contra a vida, mesmo se tratado como unidade complexa, porque contém em si um delito doloso contra a vida, o que, conseqüentemente, leva a questões paradoxais em matéria de competência.

A TENTATIVA DE LATROCÍNIO

Um dos tormentos desse ilícito penal é, sem dúvida, a controvérsia relativa à sua tentativa, devido ao fato de o crime-meio, homicídio, ser mais importante que o crime-fim, roubo. A princípio, os tribunais chegaram a levar o problema para o homicídio qualificado pela conexão, o que contradizia os doutrinadores que viam, como resultado da posição adotada pelo legislador, a perda da individualidade dos crimes-membros em face da unidade complexa.

Está claro que, se o agente consumir o homicídio e o roubo, responderá, sempre, por latrocínio consumado. Mas a hipótese referen-

te à prática da tentativa de latrocínio decorre do posicionamento errôneo do legislador de 40, que deu maior importância ao roubo (crime-fim) do que ao homicídio (crime-meio).

É preciso considerar a realidade histórica da década de 70, especificamente a dos fatos que geraram a Súmula 610, do Supremo Tribunal Federal, e ainda a Súmula 605, do mesmo Pretório Excelso, esta última pela via indireta.

A solução da Súmula 610 tem conteúdo criminológico, posto que na década de 70 houve o abandono, pela ditadura, do trato das coisas da legislação penal comum. O Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.005) foi promulgado em 1969 e entrou em vigor imediatamente, sem que tal ocorresse com o Código Penal comum (Decreto-lei n. 1.004). A criminalidade urbana começava a tomar grande proporção em face da demanda migratória decorrente do chamado "milagre brasileiro".

O homicídio, crime doloso contra a vida, era menos grave que o de latrocínio, incluído entre os crimes contra o patrimônio. Voltava-se, de certa forma, aos deprimentes paradoxos do Código de 1890.

Com a vigência da nova Parte Geral do Código, Lei n. 7.209, de 1984, a situação se transformou. A jurisprudência se firmou com o Código excluindo a necessidade de unidade de sujeitos passivos para bens jurídicos eminentemente pessoais. Foram estabelecidos no art. 71 o chamado crime continuado genérico e, no seu parágrafo único, o chamado crime continuado específico. Portanto, deixou o legislador de exigir a identidade de sujeitos passivos e bens jurídicos eminentemente pessoais em crimes contra a pessoa e de admitir também a continuidade delitiva para esses crimes, tanto nos dolosos contra a vida como nos delitos em que a vida era o bem jurídico intentado pelo agente em sua conduta.

No casos de crime continuado específico, a continuidade delitiva sofre restrições, devendo o juiz criminal, no caso concreto, dizer se houve ou não crime continuado, respeitados os limites fixados pelo dispositivo, uma vez que a pena deverá ser imposta de conformidade com gravidade penal. A continuidade delitiva, na espécie, é facultativa, não podendo beneficiar o delinqüente perigoso com tendência para a habitualidade e nem impor pena severa demais ao criminoso que tenha persistido na mesma conduta criminosa. A continuação pode ter sido favorecida pelas circunstâncias e situações exteriores que obrigam o legisla-

dor a não ser rígido em suas considerações, mas a levar em conta os critérios da necessidade, da oportunidade e da utilidade de reconhecer o crime continuado.

AUMENTO DE PENA

Como o Código Penal adotou expressamente em 1984 o critério tríptico de Nelson Hungria, em seu art. 68 e parágrafo único, fica, então, a questão relacionada com a aplicação das causas de aumento de pena do art. 157, § 2º, incisos I, II e III, não aplicáveis ao art. 157, § 3º, do Código Penal.

Como crime autônomo, de natureza complexa, o latrocínio está vinculado a um outro tipo penal que, evidentemente, não é o mesmo que o do roubo. Trata-se, conseqüentemente, do tipo qualificado autônomo, ao qual não podem ser aplicadas as causas de aumento inseridas em outro tipo penal. Esse é o posicionamento majoritário, ainda que existam correntes divergentes, de natureza criminológica, que nada têm a ver com a interpretação da lei penal. Certo é que, hoje, por manifestação expressa, também do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, as causas de aumento de pena do roubo são inaplicáveis ao latrocínio.

O Código não admite aplicação analógica legal (*analogia legis*) e nem mesmo analogia integrativa, sem que haja expressa referência legal. No caso de crime autônomo haveria, então, a violação do princípio da legalidade.

A REINCIDÊNCIA NO LATROCÍNIO

Sérios debates foram deflagrados com a promulgação da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que veio a pretexto de regularizar o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Um deles refere-se à menção da reincidência específica, no art. 5º, atualmente já incorporada ao texto do Código Penal, no artigo 83, inciso V.

Posição mais abrangente é a adotada por Monteiro (1991, p.108), que diz:

A reincidência específica criada agora pelo art. 5º, da Lei nº 8.072/90 apenas exige que os crimes sejam da natureza descrita no dispositivo. Isto

é, sejam hediondos, ou prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo. Assim, reincidente específico é aquele que, condenado com sentença transitada em julgado por um dos crimes ali referidos, venha a praticar outro crime também ali previsto, independentemente da natureza do primeiro ou do segundo.

Em face de existência do dispositivo legal, é imperioso solucionar a questão, e a melhor forma é considerar reincidentes apenas os que, sucessivamente, após o trânsito em julgado, venham a ter suas condutas subsumidas em tipos legais idênticos. Não resolve em definitivo, mas se assemelha a uma melhor exegese. É consciente a falha de tal entendimento para os tipos simples e qualificados, que formam uma nova unidade típica e, em suas práticas reiteradas, geram não a reincidência específica, mas a genérica.

Direito é a ciência da segurança e legalidade, o que seria rechaçado quando se definisse de maneira aleatória crimes da mesma natureza. Não há como elastecer o conceito de delitos de igual natureza, o qual deve abarcar os crimes descritos no mesmo tipo penal, restringindo-se aos tipos fechados. Tal medida excluiria os tipos qualificados.

Sendo assim, só haverá reincidência específica se o réu praticar outro latrocínio, incidindo novamente no art. 157, § 3º, do Código Penal, após o trânsito em julgado da primeira condenação por fato idêntico.

CONCURSO DE AGENTES NO LATROCÍNIO

A teoria do domínio do fato dentro de um contexto de culpabilidade limitada está mais ou menos acordado pela jurisprudência. Todos os partícipes devem responder pelo resultado morte causado por um deles, desde que esse resultado se situe na linha de desdobramento causal da ação praticada.

Portanto, o agente que adere ao plano delituoso e nele atua do princípio ao fim, chegando, às vezes, a participar da repartição do produto do crime, não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob a fundamentação de que a violência contra o sujeito passivo foi praticada por outro delinqüente, porque toda a sua participação foi prevista e direcionada para o mesmo fim.

A ocorrência de co-autoria teria como pressupostos a presença de quatro elementos: a) unidade de infração penal; b) nexos causal objetivo, ligando a conduta a um tipo penal; c) nexos causal subjetivo, ligando cada conduta a um tipo penal culposos ou dolosos, referentes, em essência, ao mesmo fato crime; d) pluralidade de agentes.

Argumenta-se que, com tais pressupostos, o concurso de agentes estará presente em maior ou menor extensão. E a despeito de opiniões divergentes, para que fosse negada a participação culposa em crime doloso, necessária se faria a conceituação de todas as formas de participação pela via do acordo prévio de vontades.

Oportuna, apesar de divergente, é a observação de Batista (1987, p. 267), quando afirma a ocorrência de concurso de pessoas em latrocínio, ainda que o resultado seja culposos: "Como o crime do parágrafo 3º, do art. 157, tipifica-se ainda quando a morte é culposa, só não responde pelo resultado mais grave o agente que não o provocou, nem podia prevêê-lo".

Vejamos um exemplo: dois agentes combinam furtar objetos de uma residência que há muito tempo está fechada, sem ninguém tomando conta. Um deles fica de vigia, do lado de fora. O outro, desarmado, entra na casa. Se, por um acaso, esse agente for surpreendido por algum vagabundo que anda dormindo na casa às escondidas e, desesperado, matá-lo com um facão achado na cozinha, por este resultado – que não foi previsto, nem era previsível – não responde o agente que ficou do lado de fora.

Quanto à participação de menor importância no latrocínio, a questão é de difícil elucidação porque, eventualmente, ela pode ser colocada sob a égide do art. 29, § 2º, na chamada co-delinquência dolosamente distinta, agora modificada pelo legislador de 1984.

Disposto está que a pena a ser aumentada é aquela atribuída ao crime menos grave, e isto tão-somente quando o resultado mais grave for previsível, pois, na hipótese de caso fortuito ou de força maior, em relação ao resultado, o partícipe que quis tomar parte no crime menos grave não responde pelo acréscimo da metade da pena. Consagrada está formalmente a necessidade de se ajustarem à pena, de acordo com o elemento subjetivo do crime e com a culpabilidade do sujeito ativo, as linhas mestras da reforma penal.

A participação *pos delictum*, no Brasil, está hodiernamente reduzida aos delitos de receptação (art. 180, do Código Penal), de favorecimento pessoal (art. 348) e de favorecimento real (art. 349). Na legislação brasileira, não há uma situação idêntica à descrita pelo art. 17, do Código Penal espanhol, porque não existe a figura do *encubridor*, que caracteriza a cumplicidade posterior ao delito. Ou seja, aquele que cooperar, posteriormente ao delito, com os autores de latrocínio, será réu de crime autônomo, de favorecimento real, pessoal ou receptação, ou ainda qualquer outra figura delitiva que importe punição isolada, ou, eventualmente, concurso material, como seria o delito do art. 211 do Código Penal, e ocultação de cadáver.

CONCURSO FORMAL E LATROCÍNIO

Sempre foi admitido pela jurisprudência o concurso formal em tema de latrocínio, aceito pela via do concurso formal impróprio, de desígnios autônomos, que se resolve em concurso material, em nível de apenação.

Há concordância no sentido de que haverá dois latrocínios ligados pelo concurso formal impróprio no caso de existir mais de uma objetividade jurídica patrimonial visada, uma vez que se entende tratar-se de mais de um crime patrimonial, praticado mediante uma só ação, embora com desígnios autônomos.

A tese degradingola na hipótese de haver multiplicidade de vítimas fatais e uma só objetividade patrimonial perpetrada, sendo que a jurisprudência inclina-se, majoritariamente, para reconhecer como crime único na espécie.

Essa posição está dissonante com a do Supremo Tribunal Federal, assinalada na Súmula 610: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima". A tese adotada é a de que o latrocínio se consuma com a efetivação do delito contra a vida – por mais grave e afastada a hipótese de um só latrocínio. Se duas foram as mortes, ainda que uma só a subtração patrimonial, em face da Súmula que não pode ser desprezada, dois latrocínios ocorreram mediante uma só ação, ainda que proposta a unidade de desígnios.

Apesar de ser esta a jurisprudência majoritária no Supremo Tribunal Federal, com a criação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não tem sido a posição prevalecente nesta magnífica Corte, que é a axiomática intérprete de lei federal no país. Destarte, no caso de uma subtração patrimonial com pluralidade de mortes, constitui-se a unidade de ação delituosa; apesar de desdobrar-se em vários atos, ocorre crime único, com as múltiplas mortes caracterizando agravante judicial, na determinação da pena base.

O LATROCÍNIO E O *ABERRACTIO ICTUS*

O doutrinador Mirabete (1991, p.302) explica a ocorrência do instituto da seguinte forma:

Nos termos do art. 73, ocorre *aberratio ictus* (erro na execução) quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa: A atira em B, mas o projétil vai atingir C, que estava nas proximidades matando-o. Nesse caso, o agente responde como se tivesse praticado o homicídio contra B, considerando-se as condições ou qualidades da pessoa visada e não da vítima, como se tivesse ocorrido um erro sobre a pessoa (art. 20, parágr. 3º). Assim, se a pessoa visada era velha e a atingida não, ocorrerá a agravante prevista no art. 65, III, h; se a vítima era criança, mas a visada não, inexistirá a agravante do mesmo dispositivo. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70, ou seja, do concurso formal (art. 73, segunda parte).

Evidencia-se na doutrina a preocupação com o delito de homicídio, que, em tema de crime contra a vida, seria o exclusivo tipo penal a ser tratado pelo art. 73. Entretanto, é mister ressaltar que não existe nesse artigo qualquer referência ao bem jurídico atingido no *aberratio ictus*, fazendo apenas referência à "pessoa". Tanto no homicídio como também nas lesões corporais, e ainda no latrocínio, a pessoa pode ser objeto de ataque pela via do verbo "atingir", assim ligando a questão do *aberratio ictus* à temática do latrocínio.

Não se pode negar vigência à parte final do art. 73 do Código Penal, porque não importa que a objetividade jurídica artificialmente

estabelecida como principal pelo Código seja o patrimônio, já que a questão é mais abrangente em tema de *aberratio ictus*, envolvendo não só os crimes contra a pessoa, mas também aqueles em que a pessoa é atingida como vítima, como ocorre no latrocínio.

A controvérsia persiste, e não vemos como desprezar a hipótese de concurso formal em tema de *aberratio ictus*, quando é atingida mais de uma pessoa, no delito de latrocínio.

LATROCÍNIO E ROUBO

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal não permite unificação de penas entre latrocínio e roubo, por entender não se tratar de crimes da mesma espécie:

Não tem o STF admitido continuidade delitiva em crimes de roubo e latrocínio. Roubo e latrocínio, crimes complexos, não são da mesma espécie. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido, a fim de se excluir da série unificada a pena relativa ao crime de latrocínio. (BRASIL, 2001)

Dada a circunstância de que a jurisprudência já sedimentada do Pretório Excelso reconhece que roubo e latrocínio não são crimes da mesma espécie, por raciocínio simples, chega-se à conclusão de que latrocínio é crime autônomo e não simples roubo agravado pelo resultado, o que, na hipótese de mais de uma morte adicionada a uma só subtração patrimonial, acarreta o reconhecimento do concurso formal. Prova-se, portanto, a existência, no caso de multiplicidade de vítimas, de latrocínio em concurso formal.

LATROCÍNIO E EXTORSÃO

Se examinarmos o latrocínio como roubo seguido de morte, o preceito de que “o ladrão subtrai, o extorsionário faz com que se lhe entregue” é válido porque tanto o roubo seguido de morte quanto a extorsão seguida de morte são formas agravadas pelo resultado. Assim, a única e

constante diferença entre roubo e extorsão residiria no fato de ter havido subtração da coisa pelo agente ou de ter havido entrega pela vítima.

Delmanto (1991, p.282) estabelece a seguinte distinção:

Diferença entre extorsão e roubo: Podem-se apontar duas correntes, no modo de distinguir quando há tipificação no art. 158 ou no 157: A. Se a vítima é quem entrega a coisa, ou se esta lhe é tirada: se exigiu a entrega de dinheiro e carro, sob a ameaça de faca, é extorsão, e não roubo, pois a vítima foi constrangida a fazer alguma coisa (STF, RTJ 116/157). Se foi a própria vítima que, ameaçada pelo agente, despojou-se das jóias e as entregou, há extorsão, e não roubo (TJPR, RT 593/411). B. Pela necessidade ou não de ato da vítima: na extorsão é indispensável o comportamento da vítima, enquanto no roubo ele é dispensável.

Contudo, se entendermos o latrocínio como forma dolosa que investe ao mesmo tempo contra o patrimônio e contra a vida da vítima, a situação é um pouco diferente, posto que, no latrocínio, o agente ou quer o resultado morte ou assume o risco de produzi-lo, e então agirá com dolo em ambos os casos, dolo direto no primeiro e eventual no segundo. Sendo assim, não se reconhecerá, segundo essa posição – que obviamente não é a do Código no qual se admite até o resultado culposos –, o cometimento de lesões corporais seguidas de morte e nem se admite como inexistente a intenção de matar.

Evidencia-se, no Código, a primeira posição: a de que o latrocínio é roubo seguido de morte e de que a extorsão seguida de morte é também crime contra o patrimônio. Conseqüentemente deixar de admitir a configuração de crime continuado, em caso de roubo e extorsão, viola o direito positivo vigente, conforme afirmativa de Fragoso (1988, p. 347).

ASPECTOS PROCESSUAIS DO LATROCÍNIO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Notório é que a Lei dos Crimes Hediondos foi feita de estampilho para resolver situações de criminalidade crescente, característica do mundo atual, envolvendo crimes que se aproximam da barbárie. No tocante ao seu aspecto formal, por ser uma lei mista, envolvendo maté-

rias processuais penais, acabou dando margem a falhas quando aplicada aos casos concretos.

De acordo com o art. 9º da Lei n. 8.072/90, a pena do latrocínio, consumado ou tentado, é acrescida de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses mencionadas no art. 224 do Código Penal, que se refere ao ofendido que não é maior de 14 anos, é alienado ou débil mental ou não pode, por qualquer causa, oferecer resistência, desde que o agente conheça essas circunstâncias. Vislumbra-se no caso que, com o aumento de um terço, ainda que sobre a pena mínima, alcança-se o limite máximo de 30 anos imposto pelo próprio artigo. Isto significa que não existe diferença entre o mínimo e o máximo da pena cabível na hipótese, o que tem levado à afirmação de que nessa parte seria o dispositivo inconstitucional por impedir a individualização da pena.

A Lei nº 8.072/90, que definiu, no art. 1º, o latrocínio como crime hediondo, teve essa classificação posteriormente confirmada pelo art. 1º da Lei nº 8.930/94, com nova redação. Dessa forma, o autor desse delito não pode ser beneficiado com a anistia, graça ou indulto (art. 2º, I); não tem direito à fiança ou liberdade provisória (art. 2º, II), deverá cumprir a pena integralmente em regime fechado (art. 2º, parágrafo 1º); sua prisão temporária pode estender-se por 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade (art. 2º, parágrafo 3º). E, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se poderá apelar em liberdade, podendo negar o benefício, ainda que o condenado seja primário e de bons antecedentes.

Sabe-se que o art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/90 refere-se à anistia, graça e indulto; a Constituição, por sua vez, menciona apenas anistia e graça como proibidas para os crimes hediondos. Isto não significa dizer, *contrario sensu*, que permite o indulto, que não é aludido por ter a Carta Magna se referido à graça em sentido amplo, já que o instituto é um tipo de indulto individual. E na vedação constitucional não houve excepcionalidade que proibisse a lei federal especial de vedar o indulto para determinados crimes. Isto significa dizer que não existe qualquer entrechoque do propalado art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, com a lei dos crimes hediondos.

A FIANÇA E A LIBERDADE PROVISÓRIA

Prescreve expressamente o art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, a garantia da liberdade provisória, com ou sem fiança, no sentido de deixar à lei ordinária a escolha dos casos em que é cabível essa liberdade, mediante a expressão “quando a lei admitir”, o que significa que nada impede à Lei n. 8.072/90 de proibir a liberdade provisória em determinados casos. Parece-nos claro que o direito “garantia”, contido na norma constitucional, é relativo; deixa pendente a exigência de lei ordinária para lhe dar eficácia plena.

Portanto, se a lei proíbe no art. 2º, inciso II, a liberdade provisória, não há entrechoque com a norma constitucional, não se tratando, assim, de inconstitucionalidade.

Fatalmente, os protestos que alegam a inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória em crimes hediondos são os mesmos dos que protestavam contra a não-inclusão, entre os crimes hediondos, do homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou, ainda, por meio cruel ou motivo torpe, aos quais, inexplicavelmente, a Lei nº 8.072/90 deixou de se referir. Alguns críticos viam em tais crimes as mesmas características do latrocínio, que, a rigor, é um homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial e pela sensibilidade à gravidade do problema diante da opinião pública, amedrontada pela violência na atualidade.

Verifica-se nos trabalhos de alguns doutrinadores a preocupação de dar maior importância àquilo que o autor invoca como princípios fundamentais a inspirar a inconstitucionalidade – ou seja, os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal – do que às regras expressas na Constituição, as quais, no caso, em virtude de norma especial, tutelam a gravidade do crime. No latrocínio a gravidade do resultado é tão grande que justifica sua hediondez, atingindo bem jurídico de relevância absoluta, que é a vida, explicando, assim, a sua incompatibilidade com a liberdade provisória.

Em perfeita conformidade com a natureza jurídica do latrocínio, crime hediondo praticado por agentes notoriamente perigosos, torna-se imprescindível se fazer referência à periculosidade do agente, posto que da ocorrência de latrocínio, a indicação de periculosidade é de tal forma

presente que inúmeros dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e, ainda, da Lei de Execução Penal, pela via direta ou indireta, a ela se refere. Também o faz o art. 3º, da Lei n. 8.072/90, ao referir-se à manutenção, pela União, de estabelecimentos penais de segurança máxima, destinados aos criminosos condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais, no cumprimento de pena, ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública. Está ele em perfeita conformidade com a natureza jurídica do latrocínio, crime hediondo praticado por agentes notoriamente perigosos.

LATROCÍNIO E O REGIME FECHADO

O § 1º, do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, estabelece que as penas por crime previsto no art. 1º serão cumpridas integralmente em regime fechado. Argumentam alguns que o referido regime desde o início do cumprimento de pena é contrário à sua individualização, já que a sua finalidade é a ressocialização do criminoso. E, também que, se o art. 2º, § 2º, permite ao juiz decidir fundamentadamente em caso de sentença condenatória, o réu poderá apelar em liberdade, circunstância que seria vedada para crimes como o tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 35 da Lei n. 6.368/76, mas admitida, sem discussões, para um crime da gravidade do latrocínio.

A realidade de a lei ter sido elaborada sob clima emocional – e que seja esta a sua essência – não significa que o juiz vá, ao aplicá-la, abandonar os critérios do rito legal e da livre convicção racional, porque, se assim o fizesse, seria um descumpridor de suas imperativas funções.

A individualização é retributiva e preventiva; a ressocialização é uma etapa conseqüente, mas não é a mesma coisa. Isto significa que, se o legislador de lei especial pretender estabelecer novas regras no tocante à individualização, não estará ele eliminando a ressocialização, mas apenas individualizando a pena por motivos de gravidade maior do delito, em termos subjetivos e objetivos, de maneira mais severa.

Em suma, não é inconstitucional, por qualquer das razões apontadas, a regra que estipula cumprimento de pena, para crimes hediondos, integralmente em regime fechado. Além de não ser inconstitucio-

nal, o regime fechado é inerente à gravidade dos delitos, notando-se que, ao lado de movimentos de discriminalização, crescem também os movimentos de neocriminalização, que, por motivos de ordem político-econômico-jurídica, vêm não só criminalizando novas figuras típicas, mas também aumentando as penas dos crimes considerados de alta gravidade.

LATROCÍNIO E PENA DE MORTE

Sendo penas não sujeitas ao regime progressivo, porque a Lei dos Crimes Hediondos exige regime fechado desde o começo, aplicada com a seriedade que a gravidade desses crimes exige, a reclusão será extremamente severa.

Hodiernamente, diante da sucessão de crimes hediondos ou assemelhados, cresce no país sob a onda emocional o pedido de plebiscito para a pena de morte, que alguns, com propósitos amenizatórios, querem ver substituída pela prisão perpétua.

Nem uma nem outra resolveriam o problema, e o mais que se pode admitir é a elevação do limite máximo do art. 75 do Código Penal, nos seus §§ 1º e 2º, para 40 anos de reclusão, porque tal mudança teria repercussão na concessão do livramento condicional à vista do art. 83, inciso V e parágrafo único, do Código Penal, considerando a gravidade maior desses crimes e a necessidade de um maior tempo de clausura, mesmo levando em conta fatores como a primariedade e os bons antecedentes.

Na prática, a história da pena é a história da aflição do homem à mais antiga pena, a de morte. E se, apesar de imputada a extirpação do bem da vida, com o passar dos tempos a criminalidade só tendeu a aumentar com o crescimento populacional, fica claro que o seu caráter intimidativo reduziu-se a uma quimera, muito embora ainda se insista nessa argumentação.

Urge estabelecer o aumento dos limites penais máximos, diminuindo os benefícios aos sentenciados, sem cair no ridículo de depois permitir o livramento condicional, como o faz a legislação italiana.

Situações aparecem freqüentemente em que se verifica o recrudescimento de setores da sociedade visando invalidar a Constituição. A pri-

meira delas é a da pena de morte. O art. 5º da Constituição, no *caput*, enumera quais são os direitos fundamentais assegurados na Constituição, e, entre eles, inclui o direito à vida e, ainda, o direito à segurança pessoal, além de outros. O art. 60, § 4º, inciso IV, por sua vez, estabelece uma cláusula das chamadas “pétreas” imodificáveis, por ser o cerne da Constituição. Não caberá emenda constitucional sobre os direitos e garantias individuais, e o direito à vida é o mais importante deles.

A pena de morte só poderia ser acolhida pelo legislador constitucional se uma nova Constituição fosse promulgada, tornando relativo o direito à vida e à segurança.

CONCLUSÕES

O latrocínio deveria ser tipificado na legislação como crime autônomo, entre os crimes dolosos contra a vida, devido à prevalência do crime-meio (homicídio) sobre o crime-fim (roubo). Como acontecimento histórico, já citado, desde os primórdios, clama-se tratar o latrocínio de crime doloso contra a vida, porque, na unidade complexa que o compõe, há um homicídio doloso. Tanto isto é verdade que o Código de 1969 – que jamais entrou em vigor – usava a expressão “o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém” para acentuar essa característica. A ação, no roubo com resultado morte doloso, compromete diversos bens jurídicos, quer dizer, a vida e também o patrimônio do sujeito passivo. A incorporação dessa conduta nos delitos contra a propriedade parece vulnerar o princípio de que nos delitos pluriativos o bem jurídico prevalente deve determinar a posição da figura no sistema. No homicídio preordenado ao roubo, a ciência penal histórica e o atual direito penal comparado vêem um homicídio qualificado ou latrocínio, não um delito contra o patrimônio. Entendimento diferente seria uma inversão ideológica dos bens jurídicos em jogo e uma manipulação legislativa das relações valorativas reais existentes entre a vida e a propriedade. Disto se depreende ser crime da competência do Tribunal do Júri, em face do mandamento constitucional do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que é regra de competência absoluta *ratione materiae*, ainda que se insista na colocação artificial do latrocínio como crime contra o patrimônio.

Sendo crime complexo quanto ao tipo básico, aglutinam-se num só tipo legal dois crimes-membros, caracterizando um crime complexo agravado pelo resultado.

A problemática quanto à ocorrência de tentativa de latrocínio estaria solucionada sem o uso das três complexas formas usuais, apenas resultando da prevalência do crime-meio (homicídio) sobre o crime-fim (roubo), por sua maior relevância para fins de competência e asseguramento do bem prevalente juridicamente tutelado, considerando-se ocorrido o crime pela tentativa de lesão à vida, mesmo que não consumado o roubo.

Não existe em latrocínio preterdolo, porque, ainda que se admita na atual legislação (art. 157, § 3º) o roubo seguido de morte, em face da regra do art. 19 – se considerado o latrocínio como crime doloso contra a vida –, o resultado culposo para o delito maior tornar-se-á desclassificante. A preterdolosidade do art. 19, que, a rigor, é uma criação artificial da doutrina italiana, foi refugada e é equiparada aos crimes agravados pelo resultado do art. 56, do Código Penal alemão, que se contenta com a simples relação de causalidade física; daí por que, com a inovação do art. 19, ficou a preterdolosidade afastada.

Não é latrocínio o roubo seguido de lesões graves, e não induz responsabilidade objetiva, tendo em vista a possibilidade marcante da ocorrência do dolo eventual. Portanto, o roubo seguido de lesões graves ou gravíssimas deveria ser tipificado em dispositivo próprio, como o fizeram os códigos peruano e espanhol.

O latrocínio deveria vir no capítulo dos crimes contra a vida, em dispositivo autônomo, logo após a tipificação do homicídio simples, privilegiado e qualificado, justificando tal ordem pela maior gravidade desses dois tipos penais.

A pena a ser imposta para o latrocínio deveria ser de 25 a 40 anos de prisão, justificada pelo art. 83, inciso V, do Código Penal, que trata do livramento condicional nos casos de crimes hediondos. Vale ressaltar que, em tais casos, a permanência no cárcere por maior tempo é necessária, em razão da alta periculosidade dos autores destes crimes.

O instituto da liberdade provisória é incompatível com o latrocínio. Deveria se consignar expressamente essa proibição, que não é inconstitucional, pois nem ela nem a obrigatoriedade do regime fechado

desde o início, em tais casos, não se chocam, como já vimos, com nenhum mandamento constitucional dos direitos e garantias individuais.

ABSTRACT

The discussion concerning the crime of armed larceny is due the affinity which it bears to the offenses of homicide and robbery, since both offenses constitute the complex "slay to steal crime". Life being the protected judicial asset, armed larceny should be typified explicitly among the intentional crimes against life, duly prevailing the crime – means (homicide) over the crime – aim (robbery). Consequently it is a matter of the penal unlawfulness of the competence of the Tribunal of the Jury. However the doctrinators choose to deliberate forced placement, transferring it for the appraisal of the lower court judge, and therefore stimulating controversies among the institutions implicated.

KEY WORDS : Armed larceny crime. Crime against patrimony . Slay to steal crime.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 103730*, São Paulo.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Renovar, 1991.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Crimes contra o patrimônio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2.