

O ROUBO COM RESULTADO MORTE, NO DIREITO BRASILEIRO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1 — O CRIME COMPLEXO DE ROUBO — Previsto no artigo 157 do nosso Código Penal, é o roubo *crime complexo*, porque, embora constituindo unidade jurídica autônoma, são seus elementos constitutivos fatos que, por si mesmos, são crimes, o que atende à definição da própria lei penal substantiva, em seu artigo 103. Fundem-se tais crimes na unidade complexa, perdendo, em consequência, sua autonomia.

Em verdade, o roubo nada mais é do que o furto qualificado pelo meio. São, destarte, *essentialia* de sua estrutura, o furto (já que implica a subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem); e, como bem ensina o ilustre NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, 2.^a ed., vol. VII, pág. 57), “o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve (ou a contravenção de vias de fato, que por sua vez, é absorvida pelo constrangimento ilegal)”, porquanto a subtração é efetivada “mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

O furto é o *crime-fim*, sendo os outros os assim denominados *crimes-meios* ou *famulativos*. A pena é única, absorvidas, pois, as sanções dos *crimes-membros*.

No *caput* do art. 157 do C. Penal, está previsto o chamado *roubo próprio*, isto é, aquele em que os crimes famulativos são antecedentes em relação ao furto: a subtração é um momento posterior com referência àqueles meios, empregados, exatamente, com tal escopo.

No tocante a essa modalidade de roubo, problema algum existe quanto ao reconhecimento da consumação do *iter criminis* ou da ocorrência de simples tentativa. Com efeito, utilizado qualquer daqueles meios e efetivada a subtração — considerado o momento da efetivação, segundo a opinião dominante, o do estabelecimento de “um estado tranqüilo, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente”, “quando êste consegue

afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do *dominus* (N. HUNGRIA, *ib.*, pág. 25)” —, consumado está o roubo próprio. Outrossim, se esta efetivação da subtração não se der, ter-se-á a simples tentativa.

Devem aplicar-se ao crime de roubo os princípios gerais que regem o crime complexo. Segundo OTTORINO VANNINI, para o reconhecimento da tentativa dos crimes complexos, “é suficiente o princípio de execução do crime que inicia a formação” dos mesmos (*Il Problema Giuridico del Tentativo*, 1950, pág. 147). Se o delito-meio se tiver consumado, existirá, como assinala SILVIO RANIERI, “a maggior ragione, il tentativo dell'intero reato complesso” (*Il Reato Complesso*, 1940, pág. 191 e segs.). A opinião de NELSON HUNGRIA é contrária a este último entendimento (*ib.* pág. 62), falecendo-lhe razão, porém, *data venia*, no particular, segundo nosso modesto parecer.

O parágrafo 1.º do art. 157 do C. Penal prevê o denominado *roubo impróprio*, no qual, ao contrário do que ocorre com a primeira espécie, a subtração que, por força da redação mesma do aludido parágrafo, tem de ser, obrigatoriamente, efetiva, não podendo ser apenas tentada, vem em primeiro lugar: é *ex ante*. É para assegurá-la e à detenção da coisa para si ou para terceiro, ou à impunidade do crime, que o agente, *logo depois* (elemento temporal básico), emprega a violência ou a grave ameaça.

Nesta hipótese, a solução dos problemas concernentes à consumação ou à tentativa torna-se ainda mais simples. Como vimos, é pressuposto do *roubo impróprio* a efetiva subtração da coisa. Destarte, se a esta se segue o emprêgo da violência física ou moral, consumou-se aquêle; se esta não é empregada, existiu, tão somente, o crime de furto.

Caso não ocorra a efetiva subtração, desnaturado, pois, o *roubo impróprio*, e sendo empregada violência à pessoa, haverá concurso material da tentativa de furto com o crime contra a pessoa (homicídio qualificado — art. 121, § 2.º, n.º V, do C. Penal —, lesões corporais, etc.), tendo aplicação, se já não constitui ou qualifica o crime, a agravante do inciso II, letra b, do art. 44 do C. Penal.

Nenhum problema há, finalmente, no tocante a qualquer uma das espécies de roubo vista com relação à competência: é a mesma do Juiz Singular. No caso acima apresentado, de tentativa de furto seguida de homicídio tentado ou consumado, não se chegando, pois, a ter roubo impróprio, a competência será, evidentemente, do Tribunal do Júri, consoante disposição do art. 78, I, do C. Penal, com a redação dada pelo art. 3.º da Lei 263, de 23-2-1948.

2 — O PARÁGRAFO 3.º DO ART. 157 DO C. PENAL — Esta norma, que suscita inúmeras e árduas controvérsias, dispõe

acêrca da qualificação do roubo pelos resultados *lesão corporal de natureza grave ou morte*, caso tais eventos derivem da violência empregada, antes ou depois da subtração, como crime-meio, no delicto. Prevê, notadamente para o resultado morte, pena das mais graves que contém o nosso C. Penal.

Trata-se, pois, de hipóteses de crime complexo e de crime qualificado pelo resultado em que “há um delicto básico e um evento que agrava a penalidade abstratamente cominada” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, 1956, volume 2, pág. 371). Interessa-nos, especialmente, na presente análise, o roubo com resultado morte, hipótese esta que será por isso por-menorizadamente considerada.

3 — O ELEMENTO SUBJETIVO — O primeiro grande problema que o § 3.º do art. 157 do C. Penal suscita é o de se saber qual o nexu subjetivo que une o resultado qualificador morte à vontade do agente. Esta questão, que é pertinente a todos os casos de crimes qualificados pelo resultado, assume, no tocante ao crime de roubo, uma importância atual e maior no Direito Penal Brasileiro. É que, enquanto com relação às demais hipóteses, salvo poucas, embora ilustres opiniões em contrário, há um entendimento geral pacífico, já no que diz respeito ao § 3.º do art. 157, várias correntes se formaram e ainda se mantêm; muita vez, um mesmo penalista segue orientações divergentes, quando se trata dêste parágrafo, ou de um dos outros exemplos de crimes qualificados pelo resultado.

Com efeito, é iterativo o entendimento no sentido de que em tais crimes, em regra, o resultado qualificador está além da intenção do agente ou do risco por êste assumido, sendo ao mesmo imputado a título de culpa. Há, em verdade, um misto de dolo no antecedente, ou seja, com relação ao crime básico (*primum* ou *principale delictum*) e de culpa quanto ao evento qualificador, e, em tais circunstâncias, existe o chamado delicto preterdoloso ou preterintencional (melhor a primeira denominação, pois o dolo é, também, assunção de risco); ou então, há culpa, quer quanto ao delicto básico, quer quanto ao resultado agravante. Êste não pode ter sido objeto de dolo do autor, pois, em tais circunstâncias, ou se desnatura o delicto — e passa a ter-se um outro, doloso, o crime maior absorvendo o menor; ou, o que é mais comum, um concurso de crimes — nem pode ter derivado do caso fortuito, do *casus*, pois êste exclui a própria tipicidade, devendo ser rejeitada, em verdade, a responsabilidade objetiva (ver opiniões contrárias de ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *Os delitos qualificados pelo resultado no regime do C. Penal de 1940*, 1948; e COSTA E SILVA, *Código Penal*, vol. I, 1943, pág. 122).

Destarte, segundo o entendimento geral, quando, no C. Penal, há eventos qualificadores de um crime, êstes são culposos ou

preterdolosos, e não dolosos ou derivados de caso fortuito (p. ex., FREDERICO MARQUES, *ib.* pgs. 374 e segs.; N. HUNGRIA, *ib.* vol. V, págs. 342 e segs., especialmente, 359; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 2.^a ed., 1.^o vol., pág. 94; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 2.^o vol., pág. 93).

Devemos assinalar, todavia, que no seu Anteprojeto de C. Penal (art. 17), NELSON HUNGRIA já diz de modo diverso, ao estatuir que, “pelos resultados que agravam especialmente as penas, só responde o agente, quando os houver causado, *pelo menos culposamente*” (o grifo é nosso).

No que se refere ao § 3.^o do art. 157 do C. Penal, embora êste use, no particular, a mesma expressão “se resulta”, à semelhança do que faz com os demais delitos qualificados pelo resultado, o entendimento, como já salientamos, varia profundamente.

Formam-se a respeito três correntes. A primeira, constituída pela maioria dos penalistas brasileiros e pela iterativa jurisprudência de nossos tribunais, considera como abrangidos pelo citado parágrafo os resultados voluntários ou involuntários; dolosos, culposos e preterdolosos (NELSON HUNGRIA, *ib.*, col. VII, págs. 60/61; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *ib.* págs. 264 e segs.; MAGALHÃES NORONHA, *ib.* págs. 316 e segs.; e *Crimes contra o Patrimônio*, 1.^a parte, pág. 196).

O principal argumento é o da gravidade da pena prevista para a hipótese. Diz H. C. FRAGOSO: “Não nos parece, entretanto, seja possível aplicar o § 3.^o do art. 157 apenas aos casos em que a morte ou lesões graves não são queridas, nem mesmo eventualmente, pelo ladrão. A pena cominada é de tal ordem, que isto levaria a absurdos intoleráveis: a pena para o homicídio doloso, por exemplo (6 a 20 anos e 12 a 30 anos), seria inferior à do homicídio involuntário ou preterintencional (15 a 30 anos). A única solução cabível é a de aplicar tal dispositivo tanto para o caso em que o resultado é voluntário, como para a hipótese em que resulta de culpa. Será, certamente, injusta a equiparação... A latitude da pena aqui cominada (15 a 30 anos e 5 a 15 anos), todavia, permitirá ao juiz corrigir a disposição da lei, aplicando a pena conforme o elemento subjetivo com que tiver agido o ladrão” (*ib.* págs. 265/7).

Aliás, a própria Exposição de Motivos do C. Penal, de autoria do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, e para muitos, verdadeira interpretação autêntica, em seu item 38, expressamente declara que, no caso do art. 157, § 3.^o, *in fine*, o homicídio é elemento dêste crime complexo, sendo a pena mais grave do que a do homicídio qualificado.

Dizem os partidários desta corrente que o art. 121, § 2.^o, V, do C. Penal é genérico, enquanto o art. 157, § 3.^o é específico,

de pena mais grave. Destarte, tratando-se de roubo, com homicídio doloso, aplica-se êste e não aquêle.

É absoluta, por outro lado, na realidade, a predominância desta orientação, na jurisprudência brasileira.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal podemos mencionar as decisões referidas na sua *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 7/515 e 696; e na *R. For.*, 137/530; 153/389.

Entre outros Tribunais, podemos citar o T. Just. da Guanabara (*Revista de Jurisprudência*, 2/383; 6/444; 3/279; *Rev. Brasileira de Criminologia*, 12/189); T. Just. de S. Paulo (*R. Tribs.*, 176/539; 182/641; 183/111; *R. For.*, 134/554); T. Just. do Amazonas (*R. For.*, 176/413); T. Just. R. G. Sul (*R. For.*, 138/258; 196/322); T. Just. do Est. Rio de Janeiro (*R. For.*, 156/430).

A segunda corrente, da qual faz parte, entre outros, OSCAR STEVENSON, afirma referir-se a hipótese sòmente à morte culposa ou preterdolosa, mantendo, assim, coerência com os demais exemplos de crimes qualificados pelo resultado, raciocinando dentro da sistemática do Código e baseando-se na usada expressão “se resulta”. Alguns julgados consagram esta opinião. Podemos indicar decisões do Tribunal de Justiça de S. Paulo (*R. Tribs.* 166/522; 178/637; 179/643).

A terceira opinião é a representada por JOSÉ FREDERICO MARQUES (ib., pág. 375), ao afirmar, peremptoriamente, que, “no art. 157, § 3.º, e no art. 159, § 3.º, apesar de o código empregar a expressão “se resulta morte”, é evidente que o resultado tem de ser doloso, porque, embora o homicídio seja delito mais grave que o roubo e a extorsão mediante seqüestro, a pena cominada é também maior que as previstas no art. 121”.

NELSON HUNGRIA, em seu já aludido Anteprojeto (art. 167, § 3.º), prevê, no roubo qualificado, apenas lesão corporal grave ou homicídio voluntário.

Como esclarece HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em comentário publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 12, págs. 194/196, a comissão revisora do aludido anteprojeto procurou dar solução definitiva ao problema, distinguindo, com nitidez, as várias hipóteses.

Assim, o § 2.º do citado art. 167 prevê, em seu inciso IV, o resultado lesão corporal grave, dolosamente causada; já em seu inciso V, contempla o resultado morte preterdoloso; finalmente, o § 3.º do mesmo artigo passou a ter a rubrica *Latrocínio*, cuidando do evento morte dolosa.

A propósito, deve ser salientado que o emprêgo do termo *latrocínio* não é, igualmente, pacífico. Na realidade, para uns, diz respeito aos casos em que, no roubo, o homicídio é voluntário,

cometido com o fim de lucro (H. C. FRAGOSO, *ib.* pág. 265; CARARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, vol. I, trad. Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 233, § 1.186; BOEHMER, *Elementa juris criminalis*, cap. 197); para outros, como NELSON HUNGRIA, “o evento morte, no *latrocinio*, tanto pode ser *corpus delicti* de homicídio doloso, quanto de homicídio culposo ou preterdoloso (ob. cit., *ib.*, págs. 60 e 61); para MAGALHÃES NORONHA, finalmente, o *latrocinio* abrangeria as qualificações por lesões graves ou morte, embora reconheça, poucas linhas abaixo, que “certo é que a característica essencial do *latrocinio* é o roubo com morte” (*ib.*, pág. 317). Em verdade, parece-nos ser mais exato o emprêgo do termo, quando o homicídio fôr doloso (embora, etimologicamente, signifique, apenas, “roubo com mão armada”: do latim *latrocinium*, *i*; de *latrocinari*, “roubar com mão armada de *latro*, *onis*; ladrão). Esta foi, como vimos acima, a orientação da comissão revisora do anteprojeto NELSON HUNGRIA.

4 — AS VÁRIAS HIPÓTESES DE TENTATIVAS NO ROUBO COM MORTE — A primeira corrente anteriormente focalizada, representativa da maioria, e que considera em incluídas, na área de abrangência do § 3.º do art. 157 do C. Penal, as hipóteses de homicídio doloso, culposo ou preterdoloso, julgando, destarte, ter o C. Penal, no particular, subvertido a sua sistemática, enfrenta graves problemas, ao considerar as diferentes possibilidades de tentativa no roubo seguido de morte, e que são, em geral, resumidas em quatro hipóteses: a) *tentativa de homicídio doloso e subtração tentada*; b) *homicídio doloso consumado e subtração tentada*; c) *homicídio doloso tentado e subtração consumada*; e d) *subtração tentada e homicídio culposo ou preterintencional*.

As soluções, muitas vêzes, variam de autor para autor. Fixemos as principais.

Para a hipótese *a*, NELSON HUNGRIA (*ib.*, pág. 62), HELENO FRAGOSO (*ib.*, pg. 267), e MAGALHÃES NORONHA (êste reformando ponto de vista anterior; *ib.*, pg. 326) propõem a aplicação do art. 157, § 3.º, combinado com o art. 12, II. Para o caso *b*, HUNGRIA (*ib.* pg. 63) e FRAGOSO (*ib.*) são favoráveis à aplicação do art. 121, § 2.º, V, “abstraindo-se”, como diz êste, “no caso, a tentativa de roubo, porque, se o agente devesse responder por roubo tentado, também, em concurso material, a pena seria superior à do roubo seguido de morte, consumado, o que é absurdo”; tal opinião tem sido sufragada pela jurisprudência (cf. T. J. M. Gerais, *R. For.* 174/379, 176/392); já NORONHA (*ib.* 325) sugere a punição nos termos dos arts. 121, § 2.º, V, e 157, § 3.º; 12, II e 51, § 1.º. Para a hipótese *c*, HUNGRIA (*ib.*) propõe a aplicação do art. 121, § 2.º, V, combinado com o 12, II, a que

FRAGOSO (ib.) acrescenta o roubo simples consumado, em concurso material; NORONHA (ib., pg. 324) sugere a incidência do art. 157, § 3.º, em combinação com o art. 12, II. Finalmente, no caso *d*, cabe a aplicação do art. 157, § 3.º, combinado com o art. 12, II.

Os próprios autores defensores destas e de outras soluções são os primeiros a reconhecerem e proclamarem, expressamente, que as mesmas não correspondem às soluções rigorosamente técnicas, sacrificadas, no particular, à equidade (FRAGOSO, ib.).

FREDERICO MARQUES, embora seja da 3.ª corrente citada, considera ilegítimas as soluções que “desfazem a unidade do crime complexo. Nesses delitos, as infrações que o compõem estão ligadas indissolúvelmente. Separá-las... é atentar contra regra estrutural do delito complexo, sem que texto algum o autorize...” (ib. pg. 362).

Em seu Anteprojeto (art. 167, § 3.º), HUNGRIA procura solucionar a questão, estabelecendo uma pena maior para o homicídio voluntário; outra, menor, para a tentativa de homicídio; declarando, “in fine”, que “é irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumir-se”.

5 — COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO — Outro problema que surge, por se considerar incluído no campo de aplicação do § 3.º do art. 157 do C. Penal, o caso de roubo com homicídio doloso, é o da competência para o julgamento de tal crime: se do Juiz Singular ou do Júri. Dentro desta mesma corrente, existem profundas divergências.

A maioria da doutrina e da jurisprudência é favorável à competência do juiz singular, inclusive com base na Lei 263, de 23-2-1948, a qual, ao alterar o art. 74, § 1.º do C. Penal, regulamentando, no particular, a Constituição Federal, em seu art. 150, § 18, e enunciando, taxativamente, os delitos de competência do Tribunal Popular, não incluiu nesta tal crime. São desta opinião NELSON HUNGRIA (ib., pgs. 60, 61 e 64), MAGALHÃES NORONHA (ib. pgs. 316 e segs.), FREDERICO MARQUES (*O Júri no Direito Brasileiro*, 1955, pgs. 96 e 97), dentre muitos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de nossas Côrtes de Justiça estaduais, predomina, igualmente, esta tendência. Quanto ao Supremo podemos dar as seguintes indicações: *Revista Trimestral de Jurisprudência*: 6/438, 7/515 e 696; 9/CLXXV; 10/CCXXV; *R. For.* 137/530, 144/402, 145/374, 149/348, 153/389, 162/333, 165/296, 174/316; *R. Tribs.* 210/500, 226/580; *Arquivo Judiciário* 99/243, 101/271 e 409; *Minas Forense* 14/217. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara também é favorável à competência do juiz singular (*R. Jurispr.* 3/279, 2/383; 6/444; *R. For.* 118/557). Outros tribunais assim se têm igualmente manifestado, como podemos verifi-

car, pelos seguintes exemplos: T. de Just. de São Paulo (*R. Tribs.*, 178/624; 157/628; 167/119 e 542; 169/503, 178/640, 180/116, 181/122, 189/654, 210/500, 211/141, 222/67, 224/82 e 108, 233/119, 242/75 e 96, 246/114 e 116; *R. For.* 120/245, 121/263, 164/358, 165/322, 178/348 e 354); T. Just. do Estado do Rio de Janeiro (*R. For.* 152/430); T. Just. do R. G. Sul (*R. For.* 138/258, 142/424, 169/413); T. Just. da Bahia (*R. For.* 142/436), T. J. de Mato Grosso (*Anais Forenses do Estado*, 22/150).

Os argumentos, em geral, são os de que é o *latrocínio* (previsto, consoante a primeira corrente indicada no n.º 3, pelo art. 157, § 3.º do C. Penal) um crime patrimonial, segundo a própria classificação do Código. Em verdade, para a classificação do crime complexo, dada a sua unidade jurídica, deve prevalecer o bem ou interesse lesado pelo crime-fim. O delito contra a vida, no *latrocínio*, é crime-meio, e, portanto, secundário. Daí, não ter aplicação o § 18 do art. 150 da Const. Federal, porquanto os *crimes dolosos contra a vida* ali considerados são os assim classificados pelo C. Penal, pois a Lei Magna não poderia ignorar a técnica usada pelo mesmo.

Acrescenta HUNGRIA que, como o § 3.º do art. 157 abrange as hipóteses de homicídio doloso, culposo ou preterdoloso, seria esdrúxulo que, conforme o caso, o julgamento coubesse ora ao júri, ora ao juiz singular, o que obrigaria a entrar no mérito das ações para decidir sobre a competência. Outrossim, MAGALHÃES NORONHA (ib. pgs. 320 e 321) apresenta interessante histórico dos trabalhos legislativos do art. 141, § 28 da Const. Federal e da Lei 263, concluindo pela competência do juiz singular. Deve salientar-se que, por iniciativa do Senador Olavo de Oliveira, professor de Direito Penal, o projeto aprovado pelo Senado incluía o art. 157, § 3.º, na competência do Júri. A Câmara rejeitou tal inclusão, rejeição esta que veio a ser aceita pela Câmara Alta, contra os votos do aludido Senador e Lúcio Correia (*R. For.* 144/402), e assim prevalecendo na lei regulamentar.

Já HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (ib., pgs. 268 e 269) é favorável à competência do Júri, refutando as opiniões acima expostas. Diz êle que *latrocínio* é um crime complexo pluriofensivo, no qual há ofensa a dois bens jurídicos, vida e patrimônio, em ambos os casos, dolosa. É, pois, crime doloso contra a vida e contra o patrimônio. Diante, portanto, do disposto pelo art. 150, § 18 da Const. Federal, prevalece a competência do Tribunal do Júri, inclusive consoante o estatuído no art. 78, I, do C. P. Penal (alterado pela citada Lei 263).

A jurisprudência no sentido do acima exposto é minoria, podendo ser citados votos vencidos no Supremo Tribunal Federal, como os dos Ministros Orozimbo Nonato, Cândido Mota e

Afrânio Costa (*D. Just* — 21-9-59, pgs. 3.218; *R. For.* 137/530); acórdão da 2.^a Turma (*R. Trim. Jurispr.* 7/696). O Tribunal de Justiça de São Paulo é um dos que mais se têm pronunciado favoravelmente à competência do Júri (*R. Tribs.* 166/522, 176/539, 179/643, 178/637, 182/641, 183/111, 186/568, 190/629, 191/88 e 664; 185/90; 161/554, 216/137; 223/79; 234/90; 235/137; 237/127; 239/104, 243/82, 268/152; *R. For.* 121/263, 134/554, 139/413, 140/445, 149/405, 161/377, 162/327, 165/333). Outros Tribunais, eventualmente, assim também têm entendido: do R. G. do Sul (*R. For.* 191/307).

6 — NOSSA OPINIÃO — Após a apresentação do panorama doutrinário e jurisprudencial acêrca do assunto, estamos aptos a emitir nossa opinião sôbre os vários aspectos do mesmo:

a) Em primeiro lugar, somos de parecer que o § 3.^o do art. 157 do C. Penal cuida, à semelhança do que ocorre com os demais casos de crimes qualificados pelo resultado morte, tão sômente das hipóteses culposas ou preterdolosas. Em verdade, usando das mesmas expressões, sem qualquer disposição explícita — ou mesmo implícita — em contrário, nenhum motivo existe para quebrar-se a sistemática coerente do Código. Assim, não prevê o citado dispositivo o *latrocínio*, isto é, o roubo em que o agente mata dolosamente.

O argumento da gravidade da pena não procede (a Exposição de Motivos não é, em absoluto, interpretação autêntica), porquanto, se, ao cometer a subtração, o ladrão mata, conscientemente, haverá concurso material (cf. contra, *S. T. F. R. For.*, 149/348) de homicídio qualificado (12 a 30 anos) com roubo simples (4 a 10, fora a multa) e não com furto, como quer NORONHA (ib., pg. 318) — chegando-se, assim, a uma pena mais grave do que a do § 3.^o do art. 157 (em abono de nossa opinião, cf. *R. Tribs.*, vol. 166, pgs. 522 e segs.). Aliás, os autores alemães são, praticamente, unânimes no reconhecimento do concurso entre *homicídio* e *roubo*, se o resultado *morte* é doloso (vide, *Schoenke — Schroeder, Kommentar*, pg. 271, da 7.^a ed.). Na Itália, a doutrina identifica, também, o concurso entre *roubo* e *homicídio qualificado*, na hipótese de morte dolosa.

A doutrina e a jurisprudência estrangeiras são, a propósito, inteiramente favoráveis à nossa posição. Em verdade, os Códigos Penais alienígenas, ou não consideram o evento *morte* como condição de maior punibilidade do *roubo*, e o concurso entre êste e o homicídio é pacífico, no caso de *morte dolosa*; ou se prevêem tal *conditio*, contendo dispositivos semelhantes ao nosso art. 157, § 3.^o (cf. C. Suíço, art. 139, n.^o 2; C. grego, art. 380, n.^o 2, C. espanhol, art. 501; C. argentino, art. 165), autores e tribunais não dissentem, quando consideram o evento *morte*, em tais hipóteses, como *preterintencional*.

Outrossim, improcede o argumento de NORONHA (ib.), aceito por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (ib. pg. 266), no sentido de que o emprêgo do verbo *resultar* não indica sempre nexo subjetivo preterdolo, “como bem se vê do art. 129, §§ 1.º e 2.º, onde são consideradas as ofensas físicas oriundas do dolo ou do preterdolo”. Ora, existe patente equívoco em tal assertiva. É que os citados parágrafos prevêm, como resultados qualificadores da lesão corporal, em sua maioria, fatos que em si mesmos não constituem crimes. Tanto assim que, quando o contrário ocorre, no caso, por exemplo, do *abôrto* (inciso V do § 2.º do art. 129), segundo os mesmos autores e outros (NORONHA, ib., pg. 92; HELENO FRAGOSO, ib., pg. 86; FREDERICO MARQUES, ib., vol. 4, pg. 219; HUNGRIA, ib., vol. V, pg. 341), se êste foi doloso, o crime será de *abôrto* pròpriamente dito (FRAGOSO ib.), ou, segundo outros, concurso entre lesão e *abôrto* (NORONHA, ib. HUNGRIA, ib); e no de *perigo de vida* (FRAGOSO, ib. HUNGRIA, ib., pgs. 332; FREDERICO MARQUES, ib. pg. 209), passa a existir uma tentativa de homicídio.

Conseqüentemente, como a morte, se provocada dolosamente por outrem, passa a ser homicídio, êste crime não poderá ser absorvido pelo § 3.º do art. 157 que, assim, não o prevê.

Outrossim, o fato de o Código não ter usado o têrmo *latrocínio* é também indicativo de que não quis abranger o homicídio doloso (êste, como vimos, o sentido exato da expressão), no campo de aplicação do § 3.º do art. 157 do C. Penal.

Como mostra SOLER (*Derecho Penal Argentino*, 1951, vol. III, fls. 53), o *latrocínio* está dentro da área do art. 80, inciso 3.º, do C. P. Argentino, correspondente ao nosso art. 121, § 2.º, V, os quais, historicamente, são a ampliação da hipótese do *latrocínio* a tôda e qualquer espécie de crime, isto é, aplicados devem ser, sempre que o homicídio doloso seja meio para a execução ou para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Por isto, a pena é das mais graves do Código, e ainda se tornará maior, quando aplicadas, naturalmente, em concurso com o crime correspondente.

A opinião contrária à nossa leva, outrossim, a conclusões absurdas, mas inevitáveis, como é a de que, sendo o delito patrimonial o crime-fim, há uma única infração penal, mesmo que tenha existido pluralidade de *mortes dolosas* (cf. ac. da 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na ap. criminal n.º 42.565, in *Rev. Bras. de Crim. e D. Penal*, 12/189; voto vencido na ap. criminal n.º 36.601, T. J. da Guanabara, in *R. de Jurisp.*, 2/383).

b) Não desnaturada, na forma do exposto, a sistemática do C. Penal, sem sentido ficam os demais problemas que a maioria dos autores suscitam em tórno do roubo com morte.

Em verdade, com relação, em primeiro lugar, à tentativa, os problemas se resolvem do mesmo modo como ocorre com os demais crimes qualificados pelo evento morte e de acôrdo com os princípios gerais relativos aos crimes complexos.

Se o homicídio é doloso e apenas tentado, cabe a aplicação dos arts. 121, § 2.º, V, combinado com o 12, II, em concurso com o 157, consumado ou tentado, conforme a hipótese da efetivação ou não da subtração, cabendo, apenas, lembrar as observações feitas com relação ao § 1.º dêste artigo.

Se o resultado morte é culposo ou preterdoloso, não cabe falar em tentativa quanto a tal evento, pois só há tentativa em crime doloso (cf. art. 12, II, que alude à *vontade*; FRAGOSO, *ib.*, pg. 95).

O que pode ocorrer é a tentativa do crime-fim de subtração. Neste caso, se da violência empregada resulta morte culposa ou preterdolosa, deverão ser aplicados os arts. 157, § 3.º e 12, II, do C. Penal (cf. FREDERICO MARQUES, *ib.*, vol. 2, pg. 371).

Ficam, destarte, superadas as dúvidas e pretensas omissões e contradições do C. Penal, com a vantagem de, atendendo-se à equidade, não se sacrificarem os ditames da técnica jurídica.

c) Finalmente, quanto à questão da competência, nenhuma dúvida pode haver de que esta seja do Júri, sempre que o evento morte, sendo dolosamente perseguido, se consume ou fique, mesmo, apenas tentado, e quer se considere o *latrocínio* incluído ou não, no parágrafo 3.º do art. 157 do C. Penal.

Estão, neste caso, certos o douto H. C. FRAGOSO e a jurisprudência que segue a mesma orientação, pelos argumentos já expostos anteriormente.

Aliás, é interessante como aquêles que, reconhecendo o *latrocínio* no art. 157, § 3.º, fazem verdadeira miscelânea do mesmo e, ao combaterem a competência do Tribunal Popular, lembram-se da unidade jurídica do crime complexo.

E flagrante fica, outrossim, a incongruência, quando, apesar de pugnarem pela aplicação do art. 121, § 2.º, V, delito doloso previsto no capítulo dos *crimes contra a vida* (classificação a que se apegam tanto, para a interpretação do § 18 do art. 150 da Const. Federal), negam a competência do Júri para julgar tal fato, expressamente de sua competência (art. 74, § 1.º, com a redação da Lei 263, tão do gôsto dos mesmos autores).

O argumento de NELSON HUNGRIA, já exposto, de que os crimes do art. 157, § 3.º, conforme fôsem dolosos e culposos ou preterdolosos, seriam ora do Júri, ora do Juiz Singular, o que constituiria um fato esdrúxulo, poderá ser usado contra seu próprio raciocínio. Com efeito, seguindo-se sua tese, ter-se-ia a mesma variação (e no caso, contra a lei e contra a Constituição),

para o art. 121, § 2.º, V, que seria, ora da competência do Júri, ora do Juiz Singular, conforme se referisse ou não ao roubo.

Assim, é patente que, quer se considere o *latrocínio* como previsto ou não no art. 157, § 3.º, do C. Penal, sempre que, no roubo, o evento morte tiver nexó subjetivo doloso, a competência será do Júri, por força da disposição expressa do art. 150, § 18 da Const. Federal (*R. Tribs.* 179/643).

A omissão da Lei 263 é irrelevante, pois, pretendendo regulamentar a Constituição é ela, no tocante à referida omissão, inconstitucional.

É evidente que, também neste particular, o problema se torna ainda de mais fácil solução, quando se considera o art. 157, § 3.º, como abrangendo tão somente, os casos de morte culposa ou preterdolosa, pois fica patente a autonomia do homicídio qualificado no roubo com morte, e flagrante, a competência do Tribunal Popular.