

Os “crimes à distância” no Código Penal brasileiro

A esfera de exercício do *jus puniendi* coincide, de regra, com a esfera territorial do Estado. É a aplicação do chamado *princípio da territorialidade*. *Ibi poena plectendum ubi facinus admissum*. O crime deve ser punido no lugar em que foi praticado. Acontece, porém, que nem sempre é fácil determinar - se o *lugar do crime*. Quando um crime produz seu resultado no mesmo lugar onde ocorreu a ação (ou omissão), não pode haver dúvida quanto à lei que o há de punir ou ao juiz que o há de julgar. Se, entretanto, a ação é exercida num lugar e o resultado ocorre noutro, há que distinguir: ou os diferentes lugares estão situados no mesmo país ou, ao contrário, cada qual corresponde a país diverso. No primeiro caso, a questão envolve matéria de competência jurisdicional, no plano do direito interno, e não oferece maior relevo. Transplantada, porém, para o plano internacional, o problema se complica, afetando o princípio da soberania dos Estados, no tocante ao exercício do *jus gladii*. Sendo utópica uma lei super-estatal que regule o assunto e não existindo uniformes legislações internas a respeito, orientadas no sentido da conciliação de interesses concorrentes, senão tratados ou convenções entre estes ou aqueles países (notadamente quanto aos crimes chamados mundiais ou internacionais: tráfico de mulheres, comércio de entorpecentes, publicações obscenas, atentados contra cabos submarinos) (1), o problema vem sendo debatido desde os juristas medievais.

(1) O Código de Bustamante, aprovado pela Convenção de Havana, de 1928, dispõe no capítulo I do livro III (sob a rubrica “Direito Penal Internacional”), art. 302: “Quando os atos de que se componha um delito se realizem em Estados contratantes diversos cada Estado pode castigar o ato realizado em seu país, se ele constitui, por si só, um fato punível. Em caso contrário, dar-se-á preferência

Figurem-se, para ilustrar o assunto, as seguintes hipóteses:

a) num comboio em marcha, do Rio Grande do Sul (Brasil) para o Uruguai, um passageiro, ainda em território brasileiro, desfecha tiros contra outro, que é atingido, mas só vem a morrer em território uruguaio;

b) certo indivíduo, que se acha em Santana do Livramento (Brasil), dispara um tiro de fusil contra outro, que se encontra na vizinha cidade de Rivera (Uruguai), acontecendo que a vítima é transportada para Buenos Aires, onde vem a falecer. Indaga-se: a qual dos países em que o crime *tocou* (fragmentados os seus momentos) cabe o *jus puniendi*? Por outras palavras: para atribuição do *jus puniendi*, qual o lugar do crime, a que então se dá o nome de "crime de trânsito" ou "crime à distância" (*Distanzverbrechen*, dos alemães), e posto que o crime, juridicamente, é um todo inscindível?

Várias são as teorias adotadas pelo *jus positum* ou doutrinariamente sugeridas para solução do tema. Mencionemo-las, de relance.

Teoria da intenção: lugar do crime é aquele em que, segundo a intenção do agente, devia ocorrer o resultato final ou típico do crime, pouco importando que, na realidade, tenha ocorrido alhures. É manifesta a sua insuficiência: basta dizer que não resolveria questão no que concerne aos crimes preterdolosos e culposos.

Teoria do efeito (*Erfolgstheorie*). Já teve grande prestígio, mas, na actualidade está desacreditada. Segundo ela, o lugar do crime é aquele onde o resultado final (típico) se produz, pouco importando a intenção do agente. Assim, na primeira hipótese acima formulada (*sub "a"*), o *jus gladii* caberia ao Uruguai e, na segunda (*sub "b"*), à Argentina. Ora, não é aceitável que o país onde foi praticada a ação (nas ditas hipóteses, o Brasil) fique inibido de intervir, não obstante a direta violação de sua ordem jurídica com o *momento executivo* do crime. Haveria nisso, evidentemente, uma abdicação de soberania, sob o pretexto, muito pouco convincente, de que o *eventus sceleris* ocorreu fora do território nacional, pretexto positivamente intolerável, se o agente permanece ou volta a esse território.

ao direito da soberania local em que o delito se tiver consumado". A dita Convenção foi ratificada tão somente pelo Brasil, Cuba, Chile, Costa-Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Perú, Salvador e Venezuela.

Teoria da actividade ou da ação (*tätigkeitstheorie, Handlungstheorie*): o lugar do crime é aquele em que o agente realizou o processo executivo, isto é, a ação ou omissão causal (esta última, bem entendido, nos crimes omissivos impróprios ou commissivos por omissão, em que é possível o distanciamiento temporal e espacial entre a abstenção do movimento corpóreo e o resultado). Geralmente, esse lugar coincide com o da residência do agente, e daí também chamar-se "da residência" a teoria em questão (*Aufenthaltstheorie*). Foi ela adotada pelo Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Munique, em 1883, e pelo Congresso de Direito Comparado, de Haia, em 1932. Mas, igualmente, não é isenta de crítica. Nos exemplos acima figurados, ficariam o Uruguai e a Argentina, mau grado seu inquestionável interesse na punição do agente, privados de intervir, porque nenhum ato executivo do crime foi praticado em seus respectivos territórios.

Teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo (*Zwischentwirkungstheorie*): o lugar do crime é aquele em que a energia posta em movimento pelo agente atinge o objeto ou alcança a vítima. No exemplo supra *sub* "a", o lugar do crime seria o Brasil (comarca do Rio Grande do Sul onde a vítima foi atingida pelos tiros); na hipótese *sub* "b", seria o Uruguai. Também esta teoria não é satisfatória: subtrai o fato a jurisdição dos lugares em que a ação se praticou ou o resultado final se produziu, com grave restrição à soberania deles, sob o ponto de vista do *jus puniendi*.

Teoria da longa mão ou da ação à distância (*Langhandstheorie, theorie de l'action prolongée, teoria dell'azione ampliata*): é a combinação da teoria da atividade com a do efeito intermédio. O crime, como um todo, considera-se praticado quer onde o agente exerceu sua atividade executiva, quer onde ocorreu o efeito intermédio. Fica, assim, excluído o lugar onde ocorreu o resultado típico ou final, isto é, precisamente o lugar em que, via de regra, mais se faz sentir o mal decorrente do crime.

Teoria limitada da ubiquidade (*beschränkte Ubiquitätstheorie*). É a conjugação da teoria da atividade e a do efeito: o lugar do crime tanto é o lugar da ação quanto o do resultado final. Na hipótese acima figurada sob "b", o lugar do crime seria tanto o Brasil como a Argentina, abstraído o Uruguai. Fica, dessarte,

excluído o lugar do efeito intermédio, -o que torna a teoria insuficiente, pois nesse lugar é que, quase sempre, mais extenso é o abalo provocado pelo crime.

Teoria pura da ubiquidade (reine Ubiquitätstheorie): o lugar do crime é tanto o lugar da ação quanto o do resultado final ou o do efeito intermédio. O crime, como uma unidade, se entende praticado onde quer que ocorra quaquere momento do seu *iter* ou onde se realiza o *summum opus*. É, de todas as teorias, a menos vulnerável. Não exige transigências de soberania e, se não evita os conflitos positivos de jurisdição, elimina os *negativos*, conjurando o desconforto de eventual impunidade do agente. Esta, a sua incontestável vantagem sobre as outras. Suponha-se o caso em que o Estado em cujo território foi praticada a ação adote a teoria do efeito, enquanto o Estado em que ocorreu o resultado final, ou o efeito intermédio, adote a teoria da atividade: o agente ficará impune, pois nenhum desses Estados se consideraria competente para puni-lo. Ora, com a teoria pura da ubiquidade, esse inconveniente desaparece. Dir-se-á que ela, entretanto, viria aumentar a possibilidade do concurso de jurisdições, ensejando o *bis in idem* em matéria penal (pois o agente poderia ser condenado e sofrer pena pelo mesmo crime em cada um dos Estados interessados). Para obviar tal consequência, porém, haveria o recurso aos tratados internacionais e, além disso, é cada vez maior a generalização do princípio da computação ou efeito atenuante da pena cumprida no estrangeiro pelo mesmo crime (Códigos brasileiro, art. 6º; italiano, art. 138; dinamarquês, art. 4º, última alínea; polonês, art. 11, §1º; suíço, art. 6º, ult. al.; norueguês, §13, ult. al.; alemão, §7º; peruano, art. 6º, ult.; costarriquense, art. 7º, ult. al.; cubano, art. 9º, f; guatemalense, art. 7º; panamenho, art. 7º; venezuelano, art. 5º).

A teoria pura da ubiquidade foi a perfilhada pelo vigente Código Penal brasileiro (1940), no seu art. 4º: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado". A propósito, disserta a "Exposição de motivos" que acompanhou o projeto definitivo: "É adotada a *teoria da ubiquidade (rectius: teoria pura da ubiquidade)* quanto aos denominados "crimes à distância", -teoria essa resultante da combinação da *teoria da atividade* e da *teoria do efeito* (o art. 4º reflete, igualmente, a *teoria do efeito intermé-*

dio): aplica-se a lei brasileira não só ao crime, no todo ou em parte, cometido no território nacional, como ao que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado, pouco importando que a atividade pessoal do criminoso se tenha exercido no estrangeiro. A cláusula "ou devia produzir seu resultado" diz respeito à *tentativa*. Alguns Códigos, como o polonês (2) e o suíço (3) toman como critério determinante do lugar da tentativa a intenção do agente. Era o critério do Projeto *Sá Pereira*, que não nos pareceu acertado. Quando se trata de localizar o crime consumado, não se atende a essa intenção, e não há motivo para que se proceda diversamente em matéria de tentativa".

O lugar do crime é tudo quanto há de mais objetivo em direito penal. Eis a justa lição de *von Cleric*, em crítica ao projeto suíço de 1918 ("Der Bereich des Strafgesetz", in "Schweizerische Juristenzeitung", vol. 15, pg. 224): "...a questão sobre o lugar do crime diz com um sintoma puramente objetivo de direito penal e nada tem a ver com a intenção" ("...dice Frage, wo ein Verbrechen begangen ist, beschlägt ein rein objektives Symptom des Strafrechts und hat mit Merkmalen des Vorsatz nichts zu tun"). Assim, em face do Código brasileiro, que se afeiçoou ao critério lógico e acertado, a condição "devia produzir seu resultado" tem de ser entendida de um ponto de vista estrita e exclusivamente objetivo. Lugar da tentativa é aquele em que teria ocorrido a consumação, se não fosse impedida, pouco importando a intenção do agente. Suponha-se que uma "máquina infernal" seja enviada, por via marítima, de Cuba para a Argentina, com destino a pessoa que neste último país o agente pretendia matar, e o navio é retido, além do tempo previsto, no cais do porto do Rio de Janeiro, acontecendo que, aqui, antes de ocorrer a explosão descoberto e destruído o mortífero engenho. O agente está sujeito à lei e jurisdição brasileiras. Outro exemplo: de Buenos Aires, certo indivíduo despacha, por via postal, um pacote de confeitos envenenados endereçado a pessoa residente

(2) Art. 13, § 2.º (trad. franc. de Berezowski): "L'infraction est considérée comme commise sur le territoire de l'Etat Polonais... si l'auteur y a accompli l'action ou l'omission délictueuse ou lorsque l'effect délictueux s'y est produit ou devait s'y produire, suivant l'intention de l'auteur".

(3) Art. 7: "Ein Verbrechen oder ein Vergehen gilt als verübt, wo der Täter es ausgeführt und da, wo der Erfolg eingetreten ist. Der Versuch gilt als la begangen, wo der Täter ihn ausführt und da, wo der Erfolg hätte eintreten sollen". ("Um crime ou um delito se entende cometido tanto no lugar onde o agente o executou quanto no lugar onde, segundo a intenção do agente, o resultado devia produzir-se").

em Montevideu, mas que, acidentalmente, se acha a passeio em Santos, para onde alguém, insciente do conteúdo, reenvia o pacote, e acontecendo que o destinatário, intoxicado pelos confeitos, é salvo por um antídoto imediatamente aplicado. O lugar da tentativa é a cidade brasileira (tanto quanto a capital argentina), incidindo o agente sob a lei penal do Brasil. O que é imprescindível para aplicação do art. 4º é que na fase de tentativa, do mesmo modo que no momento da consumação, o crime haja *tocado* o território nacional. Figure-se que a máquina infernal fosse despachada para o Brasil, mas que, antes da partida do navio ou em alto mar, tivesse sido descoberta e inutilizada. Nada temos com o fato, pois se, *subjetivamente*, o resultado devia produzir-se no Brasil, *objetivamente* nada ocorreu em nosso território. Não nos atingiu de maneira alguma. Se interviessemos no caso, dando relêvo à simples intenção do agente (segundo o critério dos Códigos polonês e suíço), estaríamos a fazer qualquer coisa parecida com a pretensão de alguém que reclamasse direito sobre o aroma das rosas do vizinho...

No tocante à *participação* nos crimes à distância, prevalece, embora não o diga expressamente o texto legal, o mesmo critério básico: o partícipe é punível tanto no lugar da ação cooperante, quanto no da ação principal ou do resultado (ou do efeito intermédio). Assim, se A, residente no Rio, remete a B (presuposta em A a *conscientia sceleris*) o veneno com que este, em Lima, ministra e mata a C, ficará sujeito à lei brasileira, sem prejuízo, entretanto, de sua submissão à lei peruana.

NELSON HUNGRIA.

Juez del Tribunal de Justicia del Distrito
Federal (Río) y Profesor de Derecho
Penal en la Facultad Nacional
de Derecho del Brasil.