



REVISTA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Av. Paulista, 52, 2.º andar, Centro, São Paulo, SP.
Tel: (11) 3105-6482, 3106-9306, 3107-6743, Fax: 3105-4607

E-mail: ibccrim@mgnet.com.br

Coordenador do IBCCrim para o biênio 96/98 – **Presidente:** Sérgio Salomão
Vice-Presidente: Roberto Podval; 2.º **Vice-Presidente:** Carlos Vico Mañas; 1.º **Secretário:**
Coordenador: Maurides de Melo Ribeiro; **Tesoureiro:** Sérgio Mazina Martins;
Assessor: Salles Vani; **Diretor de Relações Internacionais:** Luiz Flávio Gomes.

Diretor: Márcio Orlando Bártoli

Conselho Editorial da Revista: Adauto Alonso S. Suanes, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias
Toron, Alvino Augusto de Sá, Antonio Magalhães Gomes Filho, Belisário Santos Júnior, Flávia
Schilling, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Singer, Hélio Narvaez, Luiz Vicente Cernicchiaro,
Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Messias José Lourenço, Ranulfo de
Melo Freire, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rui Stoco,
Tatiana Viggiani Bicudo, Tadeu A. Dix Silva e William Terra de Oliveira.

Secretário: Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior

Diretoria adjunta: Adriana Haddad Uzum, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, André Gustavo
Isola Fonseca, Beatriz Rizzo Castanheira, Cláudia Maria Soncini Bernasconi, Flávia D'Urso
Rocha Soares, José Carlos de Oliveira Robaldo, Maurício Zanoide de Moraes,
Sílvia Helena Furtado Martins, Sílvia Helena Steyner Malheiros.

Colaboradores Permanentes: Nacionais – Ada Pellegrini Grinover, Ana Lúcia Sabatel, Antonio Carlos
Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo,
Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto
Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, David Teixeira de Azevedo,
Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercílio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky,
Evandro Lins e Silva, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo
Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilches Guerreiro, Hermínio Alberto Marques
Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Leal, João José
Caldeira Bastos, João Marcello de Araújo Júnior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto,
José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, Juarez Tavares, Júlio Fabbrini Mirabete, Leonardo
Isaac Yarochelvsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Antonio Guimarães
Marrey, Luiz Fernando Vaggione, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado,
Maria Lúcia Karam, Maria Tereza de Assis Moura, Maurício Khuene, Miguel Reale Júnior,
Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek
Marques, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio M. Moraes
Pitombo, Sérgio de Oliveira Médici, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista. **Estrangeiros:**
Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Benigno Rojas Via, Bernardo del
Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, David Baigún, Edmundo
Hendler, Elio Morselli, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando
Santa Cecilia Garcia, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo
Mir, Juan Bustos Ramírez, Kai Ambos, Luis Fernando Niño, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Maria
Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomes Pavón,
Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Stella Maris Martínez.
Representante na Espanha: Antonio Vercher Noguera.
Representante na Argentina: Juan Felix Marteau.

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

EXEMPLAR DE
CORTESIA DA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
ano 6 - n. 23 - junho de setembro de 1998
VENDA PROIBIDA



23

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

LÍMITES DEL ESTADO DE DERECHO PARA EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

TESIS Y RAZONES¹

PROF. DR. WINFRIED HASSEMER

1. Se debería de definir y tratar a la criminalidad organizada, también desde el punto de vista jurídico-penal, como lo que es desde el punto de vista criminológico y de la política de seguridad: un fenómeno nuevo y excepcional. Esto permitiría precisar y concentrar los instrumentos para su combate y, finalmente, descargar a la política criminal.

1.1 Los criminólogos – en la medida que perciben y reconocen el fenómeno de la “criminalidad organizada” – coinciden que ésta es una forma de aparición de la criminalidad cualitativamente nueva. Los políticos encargados de la seguridad interna coinciden en este punto y subrayan que las amenazas, que están unidas a este tipo de criminalidad, no constituyen únicamente aumentos cuantitativos de peligros conocidos hasta la fecha, sino que alcanzan un nivel de peligro social hasta el momento desconocido.

⁽¹⁾ Trabajo presentado por el autor a la reunión de la Europäische Rechtsakademie de Trier, los días, 1. y 2. de Diciembre de 1994, actividad que llevó como título “Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen” (“La Criminalidad Organizada en una Europa de fronteras abiertas”). Traducción del alemán de Alfredo Chirino Sánchez LL. M. (Frankfurt am Main), Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.

Estas consideraciones corresponden a los cambios legislativos experimentados en la República Federal de Alemania en relación con el tema de la criminalidad organizada. El derecho de policía, el derecho penal, y sobre todo el derecho procesal penal han sido dotados con instrumentos de combate que, en las dimensiones que han sido escogidas, en todo caso, se oponen a las tradiciones vigentes hasta la fecha y una nueva calidad de combate de la criminalidad se hace presente por medio del derecho:

- Veleidoso aumento de los marcos penales,
- Criminalización en ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales,
- Nuevos tipos penales,
- Limitación de:
 - la presunción de inocencia, así como del
 - principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales, como por ejemplo, del derecho a la autodeterminación informativa,
 - del domicilio,
 - del secreto de las comunicaciones,
 - de la propiedad.

Pueden esperarse otras agravaciones de las repuestas jurídicas al problema,

que refieren, sobre todo al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (gran vigilancia del domicilio - *großer Lauschangriff*) y al derecho a la propiedad (facultad para el secuestro o la confiscación de bienes - *Vermögensentziehung*) así como al mandamiento de separación entre los servicios secretos y la policía.

1.3 Una definición vaga y generosa de la criminalidad organizada no concuerda con la valoración criminológica de esta criminalidad y con su significado de política de seguridad, y con la calidad de los medios previstos para su combate.

El que el delito sea realizado

- profesionalmente,
 - por medio de bandas,
 - operando en el ámbito internacional,
 - mediante la utilización de las modernas tecnologías de la comunicación o
 - por medio del uso de considerables medios financieros, no es nada nuevo, sino que es el aumento cuantitativo de la praxis criminal conocida hasta la fecha. Nuestras leyes penales están enfocadas a esta realidad. A lo sumo deberían de ser ajustadas de una manera cuidadosa y no ser cambiadas de una manera tan fundamental como lo han sido y como probablemente se seguirá haciendo. Aquí deberían anunciarse más bien mejoras en la praxis de la persecución penal de estos hechos y no agravaciones en la ley.
- 1.4 La "criminalidad organizada" como una nueva forma cualitativa de amenaza sólo permite una determinación a través de un nuevo criterio cualitativo. Con esta determinación es que podrán justificarse las facultades de ataque de carácter jurídico que han cambiado esta

cualidad. No se debería - justo en el campo de los ataques jurídicos del derecho estatal - disparar con cañones a los gorriones.

Este criterio está constituido por la posibilidad de que esta criminalidad recurra a las instituciones que han sido encargadas de su combate. Se trata no sólo del ministerio público y de la policía, sino también de aquellos órganos del Estado encargados del control y de los gremios de decisión. El *propium* de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad.

Esto no significa, naturalmente, que se deba esperar pacientemente a que los peligros se verifiquen para tomar las medidas necesarias. Más bien significa que la idea sobre el fenómeno de la criminalidad organizada debe ser más estrecha, precisa y exigente. Necesitamos una mejor concentración al fenómeno criminal, lo que no sólo aumentará en forma concreta al efectividad de la persecución, sino que también en forma general, y a largo plazo, podrá aliviar la prevención legal.

2. Se debe distinguir a la criminalidad organizada de la criminalidad de masas.

Estas tienen en sus condiciones de origen muy poco que ver entre sí y requieren estrategias diferentes de prevención y represión. Esta diferenciación puede también disminuir la presión dirigida a la agravación de las medidas que existen actualmente en el ámbito del combate de la criminalidad organizada.

2.1 El sentimiento de seguridad de la población y el creciente temor ante el

delito son influenciados en mayor medida por la criminalidad de masas (robos en casas y vehículos, asaltos en las calles, violencia entre jóvenes y frente a extráños) y mucho menos por la criminalidad organizada, la cual aún representa un fenómeno oscuro y que apenas afecta la experiencia cotidiana.

2.2 El aumento y agravación de los instrumentos jurídicos de combate (supra 1.2) están dirigidos contra la criminalidad organizada y no contra la criminalidad de masas. La justificación de su existencia es justificada en el ámbito de la política de seguridad también a partir de la amenaza procedente de la criminalidad organizada. Es por esta razón que no se corresponden entre sí los instrumentos del combate del delito con el temor frente a la criminalidad. El hecho de que en el derecho penal de drogas el comercio organizado y el abuso cotidiano aludan uno al otro no hace que el último fenómeno se convierta en un componente de la criminalidad organizada.

2.3 Una repuesta inteligente y focalizada a la criminalidad organizada promete alivios sensibles en el campo de la seguridad interna. La mejoras en la situación de los jóvenes (sobre todo en los nuevos Estados de la Federación), el progresivo desecamiento del mercado negro en el campo de las drogas (criminalidad dirigida a la obtención de los medios para la compra de los estupefacientes *Beschaffungskriminalität*) o las medidas técnicas de prevención (*infra* 3) podrían hacer superfluas las agravaciones del derecho penal y lograr que el clima de la tranquila reflexión vuelva a imperar, como también lo necesita la política criminal.

3. Se debería de distinguir entre prevención normativa y prevención téc-

nica, y esta última debería de ser construida a fin de descargar y aliviar a la primera.

3.1 Hemos realizado el combate de la criminalidad organizada hasta la fecha casi exclusivamente por medio de la prevención normativa: por medio del desmontaje de derechos y la ampliación de las facultades para los ataques del Estado (supra 1.2). Hay también una prevención técnica, la cual le plantea al delito obstáculos de orden fáctico, organizatorio o económico, los cuales, en todo caso, descargan y en parte sustituyen al a prevención normativa.

Requiere este tipo de prevención, desde luego, fantasía y nos es tan barata de obtener como las simples agravaciones legislativas.

3.2 Los ejemplos de esta prevención técnica son numerosos y comienzan a imponerse en la teoría y en la práctica.

Se trata, por ejemplo y haciendo una escogencia al azar y sin orden, de lo siguiente:

- Sistemas de obstaculización de encendido y conducción de vehículos contra el robo de automotores;
- Desecamiento del mercado negro, de la razón económica del comercio con drogas;
- Evitación de relaciones corruptoras en la administración a través de:
 - reglas organizatorias de competencia y ocupación,
 - de una administración pública transparente y una mejor participación del ciudadano (*Freedom of information*,² que en nuestro ámbito

(2) "Libertad de Información", en inglés en el original. (Nota del Traductor).

comienza cautelosamente a aplicarse con la ley sobre información del medio ambiente (*Umweltinformationsgesetz*),

- intercambio reglamentado de información sobre situaciones sospechosas de corrupción,

- realización técnica y organizativa de uniones de información, las cuales son ya posibles jurídicamente,

- acuerdos funcionales en el ámbito internacional acerca de los presupuestos para la prevención y persecución de los delitos, por ejemplo, en el campo del lavado de dinero.

3.3 El sentido propio del Estado de Derecho en el campo de la prevención técnica es lograr, tanto como sea posible, una sustitución de la prevención normativa. El principio de proporcionalidad demanda el examen constante de si no existen por lo menos medios técnicos igualmente adecuados de prevención, que hagan renunciabile la prevención normativa: La política de seguridad interna debe ser enfocada también a un desistimiento de agravaciones de carácter jurídico y no únicamente, como hasta ahora, a su incremento.

4. La defensa de los límites propios del Estado de Derecho en el campo de la lucha contra la criminalidad organizada se hará más fácil en la medida en que este combate se concentre (*supra* 1) y que desde el punto de vista normativo pueda ser descargado (*supra* 2, 3). Los límites resultan del ámbito esencial indisponible de los derechos fundamentales, así como también de los principios tradicionales aún vigentes de una prevención y persecución de los delitos dentro del Estado de Derecho.

4.1 El establecimiento de límites dentro del Estado Derecho no es solamente un problema normativo o siquiera jurídico. Se trata mucho más de una tarea de razón práctica, de una cuestión de fantasía y de sensibilidad por ciertas constelaciones de problemas. Como última medida en la hora de la necesidad nos hace falta echar mano al derecho penal y de policía de manera precipitada y ciega, a fin de producir nuevas prohibiciones y de restringir derechos fundamentales.

4.2 La ubicación de límites dentro del Estado de Derecho para el combate de la criminalidad organizada es sencilla. Estos se deducen del Art. 79, III, GG, el cual exige, de manera independiente a toda moda, el respeto de la dignidad humana (Art. 1, GG) y de los principios del Estado de Derecho en el comportamiento estatal (Art. 20, GG). Los detalles son difíciles y muy discutidos, y no pueden deducirse sencillamente de la mesa verde de la teoría de more geométrico a partir de principios supraleales; se trata más bien de los resultados de una discusión política y de la razón práctica (*supra* 4.1). No se les puede prescribir, solamente se les puede promocionar y luchar por ellos.

4.3 Con esta determinación afirmo, si bien no en forma completa pero si de manera ejemplificativa, los siguientes límites para el combate de cualquier criminalidad, también de la criminalidad organizada:

4.3.1 También en los tiempos de amenazas flagrantes para la seguridad interna necesitamos de ámbitos de libertad ciudadana que sean seguros e indisponibles en el momento de su contraposición y equilibrio con otros fines. Una cultura jurídica se prueba a sí

misma a partir de los principios, los cuales ella nunca dejará que sean lesionados, aún cuando esta lesión prometa la mayor ganancia. A estos principios pertenece, por ejemplo, la decisión de no torturar sospechosos aún cuando este medio sea la forma de salvar la vida de un rehén inocente. Pertenece también a estos principios el correspondiente ámbito esencial de los derechos fundamentales, por ejemplo en cuanto a la protección de ámbito privado del domicilio (Art. 13, GG) de personas sospechosas ante la eventual indagación o pesquisa estatal ("gran vigilancia del domicilio" — *großer Lauschangriff* —) o la renuncia a un secuestro de la propiedad ajeno a la existencia de un hecho perseguible por simple sospecha (Art. 14, GG).

4.3.2 No existe ningún tipo de "igualdad de armas" entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe da manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal. De esto se sigue, por ejemplo, la prohibición de realizar "pruebas de virginidad"³ por parte de los "agentes

encubiertos", para que a través de ellas grupos de sospechosos alcancen en nivel de no sospechosos.

4.3.3 La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal europeo referido al Estado de Derecho (Art. 6 de la Convención de Derechos Humanos). Con este principio resultarían incompatibles las afirmaciones de una muy difundida retórica que preconiza que los métodos de investigación que han sido introducidos recientemente, y los que aún están siendo promocionados y deseados, estarían dirigidos exclusivamente a mafiosos, *gangster* y a delincuentes particularmente peligrosos, y que los ciudadanos no tendrían nada que temer. Esto es falso. Estos cuestionables métodos de investigación son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo tanto contra sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones). Contra los "mafiosos" no se necesita investigar más, para ello es suficiente la sentencia y la ejecución penitenciaria. Esta falsa retórica facilita una legitimación para los ataques estatales y corrompe a la larga el discurso público.

investigación. En el contexto de este artículo, el Prof. Hassemmer se refiere a la posibilidad de que los agentes encubiertos propongan "pruebas de virginidad" a ciertos grupos a fin de que estos demuestren que no son sospechosos y por ello no se hagan merecedores a ulteriores investigaciones. Es decir, el Estado no podría asumir como propio un método de la criminalidad (el "uso de pruebas de virginidad") para efectos de orientar sus tareas de persecución e investigación de los delitos (Nota do Traductor).

³ El autor se refiere aquí, dentro de la argumentación de su discurso, a las denominadas "pruebas de virginidad" a las que son sometidos los "agentes encubiertos" a fin de ser aceptados en el grupo criminal en el cual deben desplegar su actividad de

4.3.4 El mandamiento de separación entre la policía y los servicios secretos tiene entre nosotros dos ricas fuentes: Ha de tenerse claro, con fundamento en la filosofía política de la ilustración, que el Estado no atacará en forma concreta el ámbito de libertad del ciudadano sin al mismo tiempo asumir correlativamente la obligación de dejarse controlar, corregir y reprender, y ha de procurarse - acorde con nuestras experiencias con la Gestapo⁴ y la Stasi⁵ - que no se construirá una "policía secreta" según estos modelos. Ambas fuentes se alimentan de la misma agua: La policía debe estar autorizada para los ataques en concreto, los servicios secretos deben contar con la posibilidad de investigar sin control (o por supuesto con un control diluido), ya que de lo contrario ambos no podrían realizar adecuadamente sus labores. Si se unen ambos órganos, permitiendo, por ejemplo, que datos personales inculpatórios procedentes de fuentes del servicio secreto sean utilizados en la instrucción criminal, que no se pueden o no se quieren desvelar, se estaría logrando una policía secreta y coloca al ciudadano frente a un reproche cuya autorización él no puede verificar. Un control globalizado y generalizado de los servicios secretos, como por ejemplo a través de una comisión legislativa, no ayudará al ciudadano frente a las concretas lesiones a sus derechos: los ata-

ques a la libertad sin un control en el caso concreto están prohibidos en el Estado de Derecho.

4.3.5 No como um límite normativo para una política criminal del Estado de Derecho aunque sí como un urgente mandamiento de razón práctica debería de ser válido que:

- no se decidirán nuevas agudizaciones del derecho penal que signifiquen restricciones a derechos fundamentales hasta tanto no se haya producido un aseguramiento confiable y fidedigno de las consecuencias deseadas y de los efectos colaterales no deseados de las medidas que ya antes y con el mismo fin habían sido introducidas. Una política de la seguridad interna que esté orientada al principio de proporcionalidad no debe producir agravaciones jurídicas a beneficio de inventario, debe más bien escogerlas de manera dirigida y con cálculo de buen cubero;

- se le prestará una superior atención no sólo al tratamiento policial sino también al científico de la criminalidad organizada. En la medida que este fenómeno sea borroso y oscuro no podrá ser adecuadamente observado y también en la medida que se apunte a algo solamente de manera aproximativa se ponen en peligro derechos fundamentales de libertad de personas no directamente comprometidas.

⁴ Policía Secreta del Tercer Reich (Nota de Traductor).

⁵ Policía Secreta del antigua República Democrática Alemana (Nota de Traductor).

2. DOCTRINA NACIONAL

O "SABE" E O "DEVE SABER" COMO MODULADORES DA CULPABILIDADE - REFLEXÕES SOBRE INOVAÇÕES DA LEI 9.426/96

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Considerações genéricas - 2. Postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade - 3. Sentido e função das elementares "sabe" e "deve saber", na definição do crime de receptação - 4. Reflexões sobre furto, roubo e receptação, segundo a Lei 9.426/96: 4.1 Furto de veículo automotor; 4.2 Roubo com novas majorantes: 4.2.1 Roubo de veículo automotor; 4.2.2 Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima; 4.2.3 Elevação da pena mínima no roubo qualificado; 4.3 Receptação: 4.3.1 Novas figuras da Lei 9.426: transportar - conduzir; 4.3.2 Receptação e favorecimento; 4.3.3 Receptação qualificada; 4.3.4 Paradoxal punição da receptação qualificada; 4.3.5 Elevação da pena da receptação majorada.

1. Considerações genéricas

O legislador brasileiro contemporâneo, ao definir as condutas típicas, continua utilizando as mesmas técnicas que eram adotadas na primeira metade deste século, ignorando a extraordinária evolução da Teoria Geral do Delito. Continua utilizando expressões, como "sabe" ou "deve saber", que, outrora, eram adotadas para identificar a *natureza ou a espécie de dolo*. A utilização dessa técnica superada constitui uma demonstração evidente do desconhecimento do atual estágio da evolução do dolo e da culpabilidade. Ignora nosso legislador que a *consciência da ilicitude* não é mais elemento do dolo, mas da culpabilidade, e que tal *consciência*, por construção dogmática, não precisa mais ser *atual*, bastando que seja *potencial*, independentemente de determinação legal. A *atualidade* ou simples possibilidade de *consciência da ilicitude* servirá ape-

nas para definir o grau de censura, a ser analisado na dosagem de pena, sem qualquer influência na configuração da infração penal.

Essa técnica de utilizar em alguns tipos penais as expressões "sabe" ou "deve saber" justificava-se, no passado, quando a *consciência da ilicitude* era considerada, pelos causalistas, elemento constitutivo do dolo, a exemplo do *dolus malus* dos romanos, um *dolo normativo*. No entanto, essa construção está completamente superada como superada está a utilização das expressões "sabe" e "deve saber" para distinguir a natureza do dolo, diante da consagração definitiva da *teoria normativa pura* da culpabilidade, a qual retirou o dolo da culpabilidade colocando-o no tipo, extraindo daquele a *consciência da ilicitude* e situando-a na culpabilidade, que passa a ser puramente normativa.

Para entendermos melhor a nossa crítica sobre a equivocada utilização das