

SOBRE A TEORIA DA INDIVISIBILIDADE DO REQUERIMENTO DO OFENDIDO*

CARL FUCHS †

Membro do Ministério Público e Professor da
Universidade de Marburg, Alemanha

Resumo: O artigo consiste em texto clássico de autoria de Carl Fuchs, publicado em tipografia gótica, em 1874, e trata acerca da questão relativa à indivisibilidade ou divisibilidade do requerimento do ofendido, nos casos de crimes que dependem de requerimento (*Antragsverbrechen*). Nesse contexto, discute o problema do estabelecimento da persecução penal em relação a várias pessoas, quando somente contra uma delas foi apresentado o requerimento do ofendido para instauração de investigação ou processo criminal.¹

Palavras-chave: princípio da indivisibilidade, delitos que dependem de requerimento, persecução penal.

Abstract: This paper is a classic text by Carl Fuchs, published in Gothic typography, in 1874, and examines the question of the indivisibility or divisibility of the victim's requisition in cases of crime that rely on requisition (*Antragsverbrechen*). In this context, discusses the problem of establishing of the criminal prosecution against many people, when only against one of them was presented the requisition of the victim for the establishment of investigation or prosecution.

Keywords: principle of indivisibility, criminal prosecution, offenses that depend on the requisition.

A questão acerca de que se o requerimento do ofendido exigido em certos delitos deve ser considerado divisível ou indivisível, tem ocupado intensamente tanto a doutrina quanto a legislação e conduzido aos mais diversos resultados. A resposta à questão tem se apresentado de forma variável e insegura, mas entre estas, a posição manifestada por ocasião das reformas penais iniciadas na Prússia no final dos anos trinta e levadas adiante por anos – em Goldammer, *Materialien zum Preuß. Strafgesetzbuche* vol. 1, p. 388 e ss. e Bessler,

* Publicado originariamente sob o título “Zur Lehre von der Untheilbarkeit des Strafantrages“, in *Der Gerichtssaal*, vol. XXVI, 1874, p. 145-154. Tradução da versão alemã pelo Prof. Dr. PABLO RODRIGO ALFLEN, do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ N. do T.: O presente resumo não integra a versão original do texto e foi elaborado pelo tradutor para a versão portuguesa.

Commentar, p. 430 e ss. – oferece argumentos interessantes. Ora foi levantada a bandeira do princípio da divisibilidade, ora o da indivisibilidade; mas, no encerramento dos trabalhos legislativos em matéria penal, através dos resultados alcançados em 1848, com ampla maioria, o último alcançou a vitória, e, inclusive, como se sabe, passou a vigorar no Direito Penal do Império. Como fundamento para sua adoção, considerou-se como um motivo válido o de que a autorização concedida ao ofendido nos crimes que dependem de requerimento (*Antragsverbrechen*)² compreende, na verdade, os atos de obstar ou deixar prosseguir a investigação, segundo a sua discricionariedade, mas se a investigação foi iniciada em virtude do seu requerimento, não lhe compete subtrair arbitrariamente algumas pessoas e se limitar apenas a outras. Nesse sentido, o Código Penal do Reich determina, nos §§ 63 e 64, o seguinte:

O requerimento do ofendido não pode ser dividido. O procedimento judicial ocorre contra todos os participantes na conduta (autor e partícipe), ainda que somente contra uma destas pessoas tenha sido requerida a punição.

Após a prolação de uma sentença impondo pena o requerimento não pode mais ser retirado. O recebimento tempestivo do requerimento do ofendido contra uma das pessoas indicadas tem por consequência a instauração do procedimento também contra os demais.

O estabelecimento da persecução oficial em relação a várias pessoas que participaram no fato, quando somente contra uma delas foi requerida a punição, parece não oferecer nenhuma razão, *em si* ou *por si*, para suscitar dúvidas ou controvérsias. Como ensina a experiência, as disposições do nosso Código Penal sobre delitos que dependem de requerimento do ofendido tem provocado uma verdadeira torrente de ideias e de opiniões muito diferentes, de modo que, mesmo a concepção do princípio da indivisibilidade não é uníssona e extreme de dúvidas em relação a suas consequências. Isso demonstra o seguinte caso jurídico: “A” dirige-se ao Ministério Público com uma denúncia (*Denunciation*), na qual ele relata como foi atacado e molestado na rua *Land* (*Landstraße*) por “B”, “C” e “D”. Desse modo, ele descreveu a atividade de todos os indivíduos que concorreram para uma lesão corporal praticada em conjunto, porém, ele esclareceu ao final da sua denúncia: “portanto, eu peço a punição de ‘B’, (sem mencionar ‘C’ e ‘D’)”. Com base no § 63 do Código Penal, o Ministério Público abriu procedimento investigatório não só contra “B”, mas também contra “C” e “D”. Como resultado desta investigação verificou, porém, que justamente em relação a “B” não havia provas da prática de uma determinada conduta lesiva, mas tão só em relação a “C” e “D” e, com isso, o Ministério Público promoveu a acusação somente contra “C” e “D”. Entretanto, havia passado mais de três meses desde a prática da conduta³. O juiz rejeitou a

² **N. do T.:** Atente o leitor ao fato de que o Código Penal do Império (*RStGB*) estabelecia no seu § 77, 1, a legitimidade do ofendido para oferecer requerimento de instauração da persecução, dispondo, expressamente, “se a persecução do fato depende de requerimento, então, desde que a lei não determine nada diverso, o ofendido pode oferecer o requerimento”.

³ **N. do T.:** Quanto a isso deve-se ter em vista que o § 77b, do *RStGB* dispõe que: “(1) [1] Um fato, cuja persecução depende de requerimento, não pode ser objeto de persecução se a pessoa legitimada se omite em apresentar o requerimento no curso do prazo de três meses. [2] Se o prazo chega a termo em um sábado, domingo ou feriado em geral, considera-se encerrado no próximo dia útil.”

acusação, porque contra “C” e “D” não havia sido apresentado requerimento expresso de punição pelo ofendido, e o requerimento de punição oferecido contra “B” não poderia ter sido promovido contra ele, pois, de acordo com o resultado da investigação, “B” de modo algum podia ser considerado como um “participante da conduta”.

Assim como ocorre com esta opinião também parece ocorrer com a primeira, de modo que devemos considerá-la falha.

Naturalmente, não haveria motivo para dúvida em relação ao caso aqui colocado em discussão, se tivesse sido apresentado um requerimento de punição para cada um dos indivíduos que participou da conduta lesiva. Inclusive, se por falta de provas contra um dos acusados não pudesse ser promovida a acusação, isto afetaria suficientemente a persecução penal e não influenciaria nos participantes mencionados expressamente no requerimento do ofendido. Mas a este caso aplica-se a disposição legal do § 63 do RStGB, segundo a qual o procedimento deve ser aberto por órgão oficial contra todas as pessoas que participaram da conduta punível, mesmo que tenha sido requerida a punição de apenas uma delas, seja ela qual for, e a questão deve ser vista de modo que sejam, por assim dizer, conforme a boca da lei, acrescentados na ação penal os nomes dos outros participantes não mencionados expressamente pelo legitimado ao requerimento. Se isto é correto, então desde o início do processo criminal judicialmente instaurado, conforme o § 63 – seja com base no oferecimento expresso do requerimento do ofendido ou com base no princípio da indivisibilidade do requerimento de punição –, as pessoas legalmente inseridas no procedimento devem ser vistas como se envolvidas em uma associação criminosa, e, portanto, excetuando-se a hipótese de homicídio, o caso somente pode ser solucionado de duas maneiras, a saber, por meio da absolvição ou pela retirada oportuna do requerimento de punição⁴.

Inclusive, uma análise mais precisa do significado da expressão legal contida no § 63 pode levar ao mesmo resultado.

A lei fala de um “procedimento judicial” que, de acordo com o teor do § 63, foi instaurado diretamente a partir do requerimento de punição, e, portanto, foi provocado por este último e no qual – ou seja, no procedimento judicial – todos os participantes da conduta punível são inseridos, em consequência do oferecimento do requerimento contra uma única pessoa que igualmente participou do fato.

Não há dúvida de que desde o ponto de vista lógico-gramatical, segundo o qual o procedimento judicial é instaurado a partir do requerimento de punição, deve-se compreender por procedimento judicial não só o procedimento da audiência principal, como também a fase pré-investigatória e o chamado procedimento investigatório, assim como, em geral, qualquer atividade judicial voltada processualmente à verificação do tipo. Isto resulta, inclusive, da própria disposição legal relativa à retirada do requerimento de punição, contida no § 64.⁵ Pois se ali está dito que a retirada do requerimento contra uma das várias pessoas que participaram de um delito que depende de requerimento, tem por consequência a cessação do procedimento também contra as demais, então descabe fazer distinção entre a fase pré-investigatória, a

⁴ **N. do T.:** Sobre a possibilidade de retirada do requerimento dispõe o § 77d. “Retirada do requerimento. (1), [1] O requerimento pode ser retirado. [2] A retirada pode ser realizada até o completo encerramento do processo criminal. [3] Uma vez retirado o requerimento não pode mais ser oferecido.”

⁵ **N. do T.:** Compare: § 64, “(1) A retirada do requerimento somente é admissível nos casos legalmente previstos e somente até a prolação de uma decisão determinando pena. (2) A retirada tempestiva do requerimento contra uma das pessoas indicadas tem como consequência a cessação do procedimento também contra as demais.”

investigatória e a da audiência principal, de modo que, sob a palavra “procedimento” compreende-se qualquer fase do processo, na qual a retirada ainda não ocorreu.

Se isto é correto, então deve-se decidir já no momento da apresentação do requerimento, quais as pessoas que participaram do delito que depende de requerimento. Agora, como o procedimento judicial – seja a espécie que for – só pode ocorrer após ter sido decidida a questão relativa aos participantes, então, uma pessoa que, com base em disposições legais corretamente aplicadas, é vista como “**participante**”, posteriormente não pode ser declarada como não-participante no sentido processual. Além disso, como de acordo com os princípios das mais recentes leis processuais penais o Ministério Público dá o impulso para a abertura do procedimento judicial penal, sem um requerimento do ofendido o mesmo não pode ir adiante, e, como já vimos, por “procedimento judicial” deve-se compreender, no sentido do § 63, qualquer procedimento processual que resulte diretamente do requerimento fundamentado. A partir daí tem-se que, em razão do conteúdo do primeiro, mesmo que haja denúncias privadas, é o Ministério Público que, baseando-se nelas, decide quem figurará como participante, contra o qual se levará adiante o procedimento judicial e que, por conseguinte, deverá ser julgado. O procedimento judicial pressupõe, portanto, uma atividade processual do Ministério Público, por meio da qual aquele é provocado, e é certo que, antes de tudo, o Ministério Público decide quem deve ser visto como “participante” e contra quem o procedimento judicial deve ser aberto, pela via oficial, na falta de um determinado requerimento com base no § 63. Assim, a respectiva persecução penal e a punição somente podem deixar de ser realizadas se, mais tarde, verificar-se que uma determinada pessoa não havia participado do fato. Mas se tal verificação não for demonstrada e, pelo contrário, por meio do procedimento judicial – seja em fase pré-investigatória, investigatória ou em audiência principal – for demonstrada a atuação punível das pessoas indicadas *ex officio* na investigação, em decorrência da indivisibilidade do requerimento, e, por isso, sua posição processual como participante for convertida, por assim dizer, em material, pois fundada em petição do Ministério Público, então pouco importa se aquelas pessoas contra as quais o requerimento de punição foi apresentado devam ser vistas como acusadas e participantes do fato ou não. Se no início dos fatos determinadas pessoas, com razão, foram processadas criminalmente por questões processuais formais, visto que baseadas exclusivamente no requerimento de punição, então não se pode considerar impossível a persecução penal se ainda está demonstrada sua participação. Do contrário, as coisas seriam igualmente simples: a persecução penal teria ocorrido formalmente com razão – inclusive desde o ponto de vista material estava completamente fundada nas provas produzidas – e, apesar disso, não poderia ocorrer uma punição – um resultado, que simplesmente é incompatível com os princípios do direito.

Mas talvez se pudesse opor contra a opinião aqui apresentada, que se a fase pré-investigatória e a fase investigatória, por meio de interrogatórios e apurações por parte do juiz, fossem consideradas “procedimento judicial” no sentido do § 63 do RStGB, chegar-se-ia a uma outra decisão, caso o Ministério Público não provocasse antes da audiência principal o interrogatório judicial, mas tivesse obtido com auxílio de investigações policiais o material necessário para a promoção da acusação, bem como para o requerimento de encaminhamento à audiência principal. Se por meio destas investigações ele tivesse obtido um resultado que não afetasse o bastante aquele contra o qual foi oferecido o requerimento de punição, mas tão só os seus comparticipantes, que, na verdade, foram objeto de persecução extrajudicial em razão da indivisibilidade do requerimento de punição, então se poderia dizer que, como agora

apenas se deveria promover um procedimento judicial, e como, no entanto, em primeira mão verificou-se a não-participação deste, contra o qual foi oferecido o requerimento, igualmente considera-se inadmissível a persecução dos demais indivíduos. Continuando com o nosso caso jurídico relatado, pode-se deduzir que: “C” e “D”, por falta de um requerimento dirigido expressamente contra eles, somente podem ser responsabilizados sob o pressuposto de que também fosse comprovada a culpa de “B” como um participante da lesão. Somente tal dedução permitiria concluir que, em relação à questão da punibilidade dos “participantes”, decisivo não é o momento subjetivo, mas sim o momento objetivo. Não é a relação dos participantes que foram objeto da persecução sem requerimento de punição, com aquele contra o qual foi oferecido expressamente o requerimento, que decide sobre a questão da punibilidade, mas sim, como diz expressamente a lei, a relação com a conduta.

Se a persecução penal foi promovida contra determinadas pessoas, contra as quais não foi oferecido um requerimento de punição, em virtude da indivisibilidade do requerimento de punição, então a persecução penal contra os mesmos é fundada não na comprovada culpa daquele contra o qual foi dirigido o requerimento de punição.

Inclusive, surge outra questão na teoria da indivisibilidade do requerimento de punição, a saber: se o princípio da indivisibilidade também encontra aplicação em relação aos roubos, fraudes e falsificações praticados contra parentes. Em meu livro “*Anklage und Antragsdelikte*” (“Acusação e delitos que dependem de requerimento”) eu me decidi por responder a esta questão e afirmei que o princípio da indivisibilidade no Código Penal do Reich é a regra e é aplicável, sobretudo, aos casos em que não se fazem determinadas exceções a esta regra, portanto, encontra aplicação especialmente nos roubos praticados por parentes do ofendido contra este, e isso pressupõe que todos os participantes possuam relações pessoais.

Em um período mais recente no tribunal do júri local, para julgamento de caso criminal ocorrido, foi analisada esta questão. Os dois filhos do distribuidor T., de nome Wilhelm e Paul foram responsabilizados pelo roubo de expressiva quantia em dinheiro, mediante violência contra seu pai, sendo que este tinha requerido a punição de ambos. Na audiência pública o mesmo declarou que retirava o requerimento de punição contra seu filho mais jovem, Paul, porque este apenas havia sido aliciado pelo seu irmão mais velho, e, ao contrário, desejava a punição de seu filho Wilhelm. O Tribunal, porém, declarou inadmissível a persecução penal de ambos os acusados em virtude do § 64,⁶ relativo à indivisibilidade da retirada do requerimento legalmente prevista e arquivou o procedimento.

Justamente em casos desta espécie, nos quais se considerou necessário um requerimento para a persecução penal devido às relações pessoais entre autor e vítima, a aplicabilidade do princípio da indivisibilidade tem sofrido diversas críticas. Inclusive, como nas reformas do direito penal na Prússia acima mencionadas decidiu-se pela indivisibilidade do requerimento, convenceu-se, porém, da necessidade de uma autorização legal para a divisibilidade no caso de roubo, fraude, falsificação contra pais, pais adotivos, tutores e educadores⁷.

O anterior Código Penal do Reino da Saxônia, de 13 de agosto de 1855, continha o princípio da divisibilidade, uma vez que prescrevia no art. 103, que em um delito que depende

⁶ N. do T.: Compare *supra*, nota do tradutor 4.

⁷ Compare Bessler, *Commentar über das Pr.St.Ges.B.* p. 438.

de requerimento, praticado conjuntamente por várias pessoas, o processo criminal deve ser instaurado somente contra aquele em relação ao qual foi oferecido o requerimento de punição. Dentre os estudiosos do direito principalmente Zachariä⁸ declarou que, no caso de todos os participantes estarem entre as pessoas vinculadas ao delito que depende de requerimento subjetivo, a vítima pode requerer a punição pública tanto de um, como de muitos ou de todos, ou seja, ela deve ter direito de escolha, ao passo que Köstlin⁹ defendeu a aplicação do princípio da divisibilidade em qualquer caso.

O Código Penal do Reich indubitavelmente adotou o princípio da indivisibilidade de forma geral, porém, questiona-se se, em face disso, pode-se levantar, ainda, alguma dúvida quanto à aplicação deste princípio também aos chamados delitos que dependem de requerimento subjetivo. Aliás, com delitos que dependem de requerimento subjetivo nós queremos dizer que os fatos puníveis do Código Penal do Reich, para cuja persecução é exigível um requerimento da vítima, podem ser distinguidos, de forma muito conveniente, em duas espécies: em objetivos, para cuja persecução é exigível um requerimento sem qualquer consideração à relação pessoal entre o autor e a vítima; e, em subjetivos, nos quais o requerimento de punição, na verdade, é exigido em virtude desta relação pessoal. A estes últimos, os quais também podem ser denominados de delitos de requerimento impróprios, pertencem, como se sabe, o roubo, a fraude e a falsificação. Estes somente não devem ser objetos de persecução pela via oficial, quando o delito é cometido contra parentes, educadores, tutores ou aquelas pessoas sob cuja remuneração ou hospedagem se encontre o autor. Agora, pode-se dizer que nestes delitos o princípio da divisibilidade do requerimento de punição deveria ser aplicado, porque o fundamento da exigência do requerimento aqui é absolutamente diverso daquele dos delitos que dependem de requerimento objetivo. Nestes últimos a condição do requerimento foi estabelecida em virtude do carácter da conduta punível, e se isto é correto, então, na verdade, não pode ser deixado a critério da vítima *se e em relação a quais* dos diversos participantes no delito ela quer que se aplique a pena. Fraude, roubo e falsificação, porém, não são por si mesmos delitos que dependem de requerimento e, portanto, somente por razões exclusivamente pessoais que a persecução penal, em determinados casos específicos, torna-se dependente de um requerimento. A regra, portanto, é a da: persecução penal pela via oficial. Se, de acordo com o dispositivo referido, exclusivamente a relação pessoal entre autor e vítima oferece motivo para o requerimento de punição, então deve-se levar em conta esta consideração pessoal na medida em que qualquer pessoa por si mesma – independentemente dos demais participantes do fato – pode se tornar penalmente responsável pelo oferecimento do requerimento, bem como que a vítima tem o direito de escolha entre aqueles que participaram no delito.

Acrescente-se que o princípio da indivisibilidade estabelecido nos §§ 63 e 64 sequer foi levado a cabo de forma coerente pela lei, pois o § 247¹⁰ estabeleceu uma disposição essencialmente contrária à do § 63, no sentido de que a exigência de requerimento de punição

⁸ *Neues Archiv* pro 1847, p. 406.

⁹ *System*, I, p. 525.

¹⁰ **N. do T.:** Dispõe o §247, (1) [1] “Quem comete roubo ou desvio contra parentes, pais adotivos ou educadores, ou quem subtrai ou desvia coisas de valor irrelevante de uma pessoa com quem possui relação de aprendizagem ou de criadagem no âmbito doméstico, somente pode ser objeto de persecução mediante requerimento. [2] A retirada do requerimento é admissível. [3] Estas disposições não se aplicam ao partícipe ou beneficiado que não possui uma relação estabelecida em carácter pessoal.”

não se aplica ao partícipe ou beneficiado que não possuir relação pessoal com o autor. Disso parece resultar que a disposição geral dos §§ 63 e 64 somente se aplica aos chamados delitos de requerimento objetivos, e que a exclusiva consideração à relação pessoal entre autor e vítima seria alterada, se em relação a diversos autores que possuem total relação pessoal com a vítima, não se quisesse deixar a esta última determinar qual pessoa deve ser excluída da persecução penal e qual deve ser punida. Neste sentido, um recurso de nulidade interposto contra o reconhecimento judicial acima mencionado, contrário à persecução penal, com razão foi rejeitado pelo Superior Tribunal da Prússia. Como fundamentos da decisão estão, entre outros, o de que: é certo que o legislador teve em vista vários motivos que levam à validade dos chamados delitos que dependem de requerimento, estabelecidos no RStGB. Todavia, as razões para exigir um requerimento para este ou aquele fato punível são irrelevantes para a solução da presente questão, ela é solucionada muito mais por meio do princípio da indivisibilidade geral do oferecimento e da retirada do requerimento, contido nos §§ 63 e 64.

Porém, o § 247 realmente contém uma modificação parcial deste princípio, na medida em que ali é dito que a persecução daquele que praticou um roubo ou um desvio contra parentes, somente pode ser promovida mediante requerimento, o qual, porém, não se aplica ao partícipe ou beneficiado que não se encontrar em tal relação pessoal. Contudo, é uma regra jurídica geral e indiscutível a de que as exceções somente valem na medida em que se estendem a sua própria determinação, e quando a terceira alínea do § 247 menciona de forma expressa tão só aquele participante e beneficiário que não se encontram naquela relação pessoal referida na própria alínea, então o juiz também não está autorizado a ir além da exceção prevista na regra existente. Se parentes do indivíduo roubado realmente concorreram para o roubo ou o desvio, na qualidade de autores ou partícipes, então a retirada do requerimento contra um dos participantes deve ter como consequência aquela prevista na segunda alínea do § 64, que estabelece o princípio com alcance absolutamente geral. Se o legislador quisesse excluí-lo integralmente dos casos do § 247, sem qualquer limitação, então o teria feito de forma específica, o que, no entanto, ele não fez, posto que ele se satisfaz com uma restrição mais limitada, a qual demonstra claramente o que ele queria dizer com isso. Ela se explica também a partir das relações pessoais mencionadas pela lei, entre o prejudicado e o autor, e respectivamente os próprios cúmplices. Os motivos que prevalecem a respeito destes participantes podem não ser, em si e por si, decisivos para as pessoas existentes fora das relações, porém, em virtude do princípio geral disposto nos §§ 63 e 64, teriam admitido esta parte e, por isso, foi necessário encontrar as mencionadas exceções específicas, mas não se pode ir além a respeito, se não se quer ir contra a lei.