

NULLUM CRIMEN SINE POENA? SOBRE AS DOUTRINAS PENAIS DE “LUTA CONTRA A IMPUNIDADE” E DO “DIREITO DA VÍTIMA A PUNIÇÃO DO AUTOR”*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal da

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, Espanha

Resumo: No decorrer da última década, particularmente nos últimos anos, duas doutrinas surgiram no direito penal com uma importante influência, tanto em termos teóricos quanto práticos, nomeadamente, as doutrinas da *luta contra a impunidade* e a *do direito da vítima a punição do autor*. O presente trabalho tem como objetivo fornecer uma análise de ambas as doutrinas e as supostas relações existentes entre elas.

Palavras-chave: impunidade, direitos da vítima, justiça de transição.

Abstract: Through the course of the last decade, particularly in recent years, two doctrines have emerged within criminal law that have a major bearing, in theoretical and practical terms, namely, the doctrine of the *fight against impunity* and the doctrine of the *victim's right for the perpetrator to be punished*. This paper aims to look into both doctrines and the purported interplays existing between them.

Keywords: impunity, victim's rights, transitional justice.

“[...] a exigência cada vez maior de uma justiça ecumênica, orientada a reprimir comportamentos que afetem bens de grande interesse e valia para toda a humanidade, tem levado os Estados a repensar a imutabilidade de certos axiomas [...]” (Sentença do pleno da Corte Constitucional colombiana de 30 de maio de 2001)

1. Introdução

A expressão *nullum crimen sine poena*, pode ser de algum modo contraposta à clássica *nullum crimen sine lege*, vincula-se ao direito penal autoritário¹. A ideia que a inspira é a de

* Artigo publicado originalmente sob o título “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 29, n. 86-87, p. 149-171, 2008. Tradução de Lucas Minorelli, Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS e Advogado, e-mail: «lminorelli@gmail.com»; revisão do Prof. Dr. Pablo Alflen (UFRGS). Tradução autorizada expressamente pelo autor.

¹ A título de exemplo, SCHMITT, Carl. “Nationalsozialismus und Rechtsstaat”, *Juristische Wochenschrift*, 1934, pp. 713 e

que nenhum delito deve ficar impune. Segundo ela, haveria que prescindir das garantias formais vinculadas ao princípio de legalidade quando estas se opõem à sanção de uma conduta considerada materialmente merecedora de pena.

Após a queda dos totalitarismos, tanto a ideia inspiradora da máxima *nullum crimen sine poena* como as consequências a ela associadas permaneceram em um relativo segundo plano. Apenas excepcionalmente – como, por exemplo, a propósito da introdução no direito alemão, durante os anos sessenta, de uma regra de imprescritibilidade para certos delitos com efeito retroativo² – pode-se observar, de algum modo, sua incidência³.

Em compensação, ao longo da última década, e em particular nos últimos anos, têm aparecido duas doutrinas que, à primeira vista, poderiam guardar certa proximidade com alguns dos critérios subjacentes à máxima *nullum crimen sine poena*. Estas são, por um lado, a doutrina *de luta contra a impunidade*⁴ ou de “*impunidade zero*”⁵. Por outro lado, a doutrina do *direito da vítima à punição do autor*⁶. Uma e outra possuem origens distintas e também respondem a motivações diversas⁷. Entretanto, também se identificam pontos de encontro entre elas, sendo o mais notável quando o direito de luta contra a impunidade se pretende justificar apelando à satisfação de um suposto direito das vítimas à justiça (que se identifica com a punição do autor).

Neste texto pretende-se analisar ambas as linhas doutrinárias, tratando de determinar em qual medida incidem nelas traços da antiga ideologia de *nullum crimen sine poena*, até que ponto se entrecruzam e quais podem ser suas consequências como critérios reitores da evolução da política criminal.

2. A doutrina (ou doutrinas) de luta contra a impunidade

2.1 Introdução

A primeira característica a se notar sobre as *doutrinas de luta contra a impunidade* é que estas gozam de prestígio em círculos tanto acadêmicos como forenses e, certamente, na opinião pública⁸. Sua boa fama se deve, em ampla medida, ao âmbito concreto nas quais

ss., 713-714: “A este enunciado liberal (*rechtsstaatlich*) ‘nulla poena sine lege’ lhe contraponho o enunciado de justiça ‘nullum crimen sine poena’”; MAGGIORE, Giuseppe. “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, pp. 140 e ss., 159 e ss.

² Sobre este ponto e a história anterior, VORMBAUM, Thomas. “Mord sollte wieder verjähren”, *Festschrift für Günter Bemmman*, 1997, pp. 482 e ss., enfatizando como a prolongação ou, inclusive, a eliminação dos prazos de prescrição deve-se à mudança de uma concepção material a outra processual daquela, muito influenciada pela ideologia e os conceitos político-criminais da época nacional-socialista.

³ Sobre o debate, por todos: CAMPAGNA, Norbert. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, 2007, pp. 130-131.

⁴ Cf. PASTOR, Daniel Roberto. *El poder penal internacional*, 2006, p. 75 e ss., fala, a propósito do conteúdo do Estatuto da Corte Penal Internacional, de uma “ideologia da punição infinita”.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 80.

⁶ REEMTSMA, Jan Philipp. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*. München: Beck, 1999.

⁷ Em particular, sobre o fato de nos encontrarmos em uma sociedade de “sujeitos passivos”, na qual a maioria se identifica com a vítima, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2006, pp. 33 e ss. No mesmo sentido, CHOLLET, Mona. “Reconnaissance ou sacralisation? Arrière-pensées des discours sur la ‘victimisation’”, *Le Monde diplomatique*, set. 2007, pp. 24-25, com um bom inventário da numerosa bibliografia sociológica sobre as vítimas do delito que surgiu nos últimos anos na França.

⁸ Chama a atenção, por exemplo, que as organizações de defesa dos direitos humanos (como, particularmente, a “Anistia

foram forjadas: o dos delitos contra a humanidade; também, aos órgãos que as têm e as foram desenvolvendo: tribunais internacionais e, seguindo estes, tribunais constitucionais nacionais; finalmente, à fonte de que foram extraídas: os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, evitar a impunidade tornou-se o mais “moderno” dos fins do direito penal e, desde logo, em um dos fatores mais relevantes da modificação – durante a última década – do alcance de princípios político-criminais clássicos⁹. O dever dos Estados e da comunidade internacional de punir simplesmente para acabar com a impunidade aparece no preâmbulo do Estatuto da Corte Penal Internacional¹⁰, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹, em sentenças de tribunais constitucionais¹², assim como em um número significativo de obras doutrinárias¹³.

Contudo, o conteúdo e o alcance das doutrinas contra a impunidade não são bem compreendidos se destacadas do fato de que estas foram desenvolvidas no âmbito da chamada justiça de transição (*transitional justice*) ou, em outros termos, da superação do passado (*Vergangenheitsbewältigung*) por meio de instrumentos jurídicos¹⁴. Efetivamente, neste contexto foi necessário decidir, por um lado, como abordar o problema de uma criminalidade de Estado – ou favorecida pelo Estado – que, obviamente, não foi perseguida pela jurisdição penal durante o regime político que a promoveu (que, por seu turno, gozava do apoio de um

Internacional”) tenham assumido parcela considerável dos postulados desta ideologia. Crítico, PASTOR, *El poder penal internacional*, pp. 182-183.

⁹ NAUCKE, Wolfgang (*Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, *passim*, pp. 55, 76, 80-81) propõe que, para os casos de criminalidade de Estado, ou apoiada por este, não vigorem os princípios de irretroatividade e de proibição de analogia; categoricamente, NAUCKE, Wolfgang. “Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität”, *Festschrift für Günter Bemann*, 1997, pp. 75 e ss., 82 e ss. Criticamente, STAFF, Ilse. “Zur Problematik staatsverstärkter Kriminalität”, *Das Recht der Republik*, 1999, pp. 232 e ss., 259, indicando que com isso se sacrificam as garantias constitucionais formais em prol de princípios de justiça material. Por sua vez, FLETCHER observa – aprovando, certamente – como nos novos instrumentos internacionais a ideia de justiça (*justice*), como direitos das vítimas a punição que merecem os autores, adquiriu prioridade sobre a ideia do devido processo legal (*fair trial*), como direito dos imputados a serem tratados de modo igualmente respeitoso seja qual for a intensidade das suspeitas que recaiam sobre eles: FLETCHER, George. “Justice and Fairness in The Protection of Crime Victims”, *Lewis and Clark Law Review*, 2005, pp. 547 e ss., 554.

¹⁰ Em cujo “Preâmbulo” se indica:

“[...] Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes (*unpunished*) e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...]”

Como disse FLETCHER, o argumento preventivo é secundário. O paradoxo do Estatuto de Roma no mundo moderno é que ratifica uma forma de punição retributiva: a ideia de que, por razões de justiça, o delito deve ser sempre punido. *Op. cit.*, p. 555.

¹¹ Assim, nas sentenças do caso *Chumbipuma Aguirre e outros vs. Peru* – de 14 de março de 2001 (“*caso Barrios Altos*”) – ou, mais recentemente, do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* – de 26 de setembro de 2006. Ambas declararam a responsabilidade internacional dos países respectivamente demandados. Nesta linha, também, o acórdão do TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) de 17 de janeiro de 2006 (*Kolk e Kislyiy vs. Estonia*).

¹² Na Argentina ou na Colômbia: vide *infra*.

¹³ Assim, AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, p. 33, com múltiplas referências a outras obras suas; também, por exemplo, FLETCHER, George. “The Place of Victims in the Theory of Retribution”. *Buffalo Criminal Law Review*, 1999/2000, pp. 51 e ss., 60.

¹⁴ ARNOLD, Jörg; SILVERMAN, Emily. “Regime Change, State Crime and Transitional Justice: A Criminal Law Retrospective Concentrating on Former Eastern bloc Countries”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, pp. 140 e ss., 141.

setor, maior ou menor, conforme o caso, da população). Por outro lado, também foi necessário examinar como abordar o problema da criminalidade de grupos guerrilheiros/terroristas (que, por sua vez, também tiveram o apoio de um certo setor da população). Isto vale, de início, para destacar a complexidade das situações sociopolíticas nas quais foram criadas as doutrinas contra a impunidade, o que determina que qualquer solução simplista gere problemas¹⁵.

A casuística dos instrumentos jurídico-políticos e sociais recorridos nestas situações resulta tão variada como o número de países nos quais surgiram tais processos. No entanto, simplificando ao máximo, se pode indicar que responde à combinação ou não – e, por conseguinte, à conformação de modelos puros ou mistos – de reparação (reabilitação e compensação das vítimas), comissões da verdade e procedimentos penais¹⁶. As soluções alternativas à punição (baseadas, portanto, na reparação ou em uma combinação de verdade e reparação) foram precedidas ou acompanhadas, em geral, de um bloqueio da via jurídico-penal em virtude de leis de anistia ou de limitação de responsabilidade. Ademais, têm se apresentado sob o lema da obtenção da *reconciliação social e a paz* (exprimindo a ideia da existência de um conflito sociopolítico prévio)¹⁷.

As doutrinas de luta contra a impunidade surgem precisamente como reação frente a estes métodos. Defendem um recurso irrestrito ao direito penal. Nesta linha, não só rejeitam os modelos de renúncia incondicionada ao direito penal, mas também as propostas nas quais se admite uma renúncia condicional à atribuição de responsabilidade penal (por exemplo, se há uma confissão ante as comissões da verdade)¹⁸ ou nas que se aceitam uma significativa atenuação condicionada de dita responsabilidade (no mesmo caso de confissão dos fatos).

2.2 O conceito de “impunidade” e os elementos constitutivos da doutrina de luta contra a impunidade

Etimologicamente, impunidade não significa outra coisa que “ausência de punição” e, portanto, carece de qualquer conotação pejorativa. Todavia, nas formulações dos tribunais internacionais, por impunidade entende-se a “*falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis de violações de direitos protegidos*” pelo direito internacional dos direitos humanos¹⁹. Esta definição atribui ao termo “impunidade” uma clara conotação pejorativa²⁰. Além disso, na concepção jurisprudencial aludida, o conceito de impunidade²¹ alcança três situações: 1. a de ausência de toda

¹⁵ Sobre isto, especialmente, MALAMUD GOTI, Jaime. “What’s Good and Bad About Blame and Victims”, *Lewis and Clark Law Review*, 2005. pp. 629 e ss.

¹⁶ ARNOLD/SILVERMAN, *Op. cit.*, pp. 149 e ss.

¹⁷ Assim, no modelo sul-africano da “Truth and Reconciliation Commission”, adotado em seguida por outros países: sobre ele, cf. a visão crítica de CROCKER, David A. “Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation”, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, pp. 509 e ss. Sobre estes modelos, consultar também: APONTE, Alejandro. “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”, *Temas actuales del derecho penal internacional*, 2005, pp. 117 e ss.

¹⁸ Cf. CROCKER. *Op. cit.*, pp. 514, 531.

¹⁹ Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no “*caso Almonacid*”, número de margem 111.

²⁰ Mas isso é devido, em parte, ao “pré-juízo” nela existente: os não investigados nem perseguidos são “os responsáveis”, isto é, aqueles sobre os quais já foram objeto de um juízo extrajudicial de responsabilidade.

²¹ Cf. também VIÑUALES, Jorge E. “Impunity: Elements for an Empirical Concept”, *Law and Inequality*, 2007, pp. 115 e ss., 117.

intervenção jurídico-estatal sobre os fatos²² (impunidade fática); 2. a de limitação explícita de seu julgamento e punição em virtude de leis de exoneração emanadas de parlamentos democráticos (impunidade normativa – ou legal – por ação)²³ e; 3. a de não anulação de ditas leis (impunidade normativa – ou legal – por omissão)²⁴.

Assim, na elaboração da doutrina de luta contra a impunidade tem-se declarado que as violações de direitos humanos são inaniáveis, imprescritíveis e indultáveis, tampouco valendo a elas a proibição de *double jeopardy* (*non bis in idem* processual, coisa julgada) nem o princípio de irretroatividade das disposições desfavoráveis²⁵. Especial interesse tem, a meu ver, a doutrina estabelecida em matéria de *non bis in idem*. Por um lado, tem-se rejeitado que se trata de um direito absoluto, negando-se efeito vinculante à coisa julgada quando esta é “fraudulenta” ou “aparente”, ou seja: a) quando obedeceu ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal; b) quando o procedimento não ocorreu de forma independente ou imparcial; c) ou quando não houve intenção de submeter a pessoa à ação da justiça²⁶. No entanto, a nova doutrina sobre o alcance do princípio *non bis in idem* não para por aí. Adicionalmente, tem-se declarado que uma sentença absolutória válida perde o efeito de coisa julgada quando, logo, surgem novos fatos ou novas provas²⁷. O argumento apresentado é que “as exigências de justiça, os direitos das vítimas e o espírito da Convenção Americana substituem a proteção do *ne bis in idem*”²⁸.

²² O que normalmente acontece quando os delitos são cometidos no marco de um regime político que os propicia ou, ao menos, fecha os olhos ante sua comissão.

²³ Este era o caso, por exemplo, das leis argentinas de Extinção da Ação Penal (Ponto Final), de (nº 23.492, de 24 de dezembro de 1986) e de Obediência Devida (nº 23.521, de 8 de junho de 1987), declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema daquele país em sua sentença de 14 de junho de 2005. No mesmo sentido, o do Decreto-lei de Anistia nº 2.191, de 18 de abril de 1978, no Chile. Ou o das leis de anistia nº 26.479 e nº 26.492 do Peru.

²⁴ Situação na qual se encontraram diversos países após a edição daquelas disposições e até que optaram por anulá-las.

²⁵ Cf., por exemplo, recorrendo à doutrina consolidada, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no “*caso Almonacid*”, número de margem 151: “o Estado não poderá argumentar prescrição, irretroatividade da lei penal, nem o princípio *ne bis in idem*, assim como qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se de seu dever de investigar e sancionar aos responsáveis”. Entre tais excludentes estão as disposições de anistia e de indulto.

²⁶ Sentença do “*caso Almonacid*”, número de margem 154. Assim também o artigo 20 do Estatuto de Roma, da Corte Penal Internacional.

²⁷ Isto vai, naturalmente, muito além da possibilidade de revisão de sentenças válidas estabelecida no § 362 StPO (*Strafprozessordnung* – Código de Processo Penal Alemão), que a admite certamente em prejuízo do sujeito absolvido quando se acredita que tal absolvição se baseou em documentos falsos ou em falso testemunho, ou ainda o sujeito absolvido confessa após a comissão do fato.

²⁸ Cf., na própria sentença do “*caso Almonacid*”, número de margem 154. Surpreendentemente, este último aspecto não consta na resenha de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Ius et Pax*, 2006, pp. 363 e ss., 378. Relacionada com a questão, também, por exemplo, a Sentença da Sala Plena da Corte Constitucional da Colômbia de 30 de maio de 2001. Nesta se alude à doutrina da própria Corte em que, partindo da diferença entre julgar e investigar, assegurou a constitucionalidade de normas que permitem a existência de pluralidade de processos em vários Estados, como instrumento idôneo para lograr a efetiva persecução de delitos executados em várias partes do mundo. O proibido na Constituição seria a dupla condenação (ser julgado duas vezes pelo mesmo fato) e não o duplo processo. Entretanto, se acrescenta que essa mesma doutrina havia admitido a possibilidade de que o princípio *non bis in idem* (em sua dimensão de efeito de coisa julgada) não fosse entendido de maneira absoluta, partindo da premissa de que “há casos excepcionais nos quais a realização de outros valores e princípios constitucionais fazem necessário atenuar sua aplicação sem limites”. Por exemplo, absolvições ou imposições de penas leves em sentenças estrangeiras a propósito de condutas que poderiam ser julgadas pelos tribunais colombianos. Feita essa menção, destaca-se que, em matéria internacional, “o princípio da coisa julgada não possui caráter absoluto, pois cede frente às exigências de justiça. Assim ocorre nos casos que se levam ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Estado colombiano reconheceu para ocupar-se de um assunto quando se tenham esgotado os recursos internos. Nesses casos a Corte pode ordenar que se revise o processo, sem importar que tenha ocorrido a coisa julgada”. A

A questão é se tal restrição (ou, inclusive, eliminação) de princípios básicos do direito penal é aceitável. A meu juízo, neste ponto resulta inevitável realizar distinções. Desde logo, afirmar a inanistiabilidade, inindultabilidade e imprescritibilidade de tais delitos, não é o mesmo que concluir que nesse âmbito não vigora o princípio de irretroatividade das disposições desfavoráveis nem o princípio *non bis in idem* (coisa julgada, *double jeopardy*). Em relação ao primeiro, deve-se começar por constatar que, na realidade, não existe um direito em sentido estrito à prescrição dos delitos²⁹. O argumento de maior força contra a imprescritibilidade³⁰ ou o estabelecimento de longos prazos de prescrição é a consideração de que resulta ilegítimo³¹ punir alguém por fatos realizados em um passado longínquo, quando o sujeito e a sociedade mudaram significativamente após o tempo transcorrido³². Contudo, frente a isso pode-se arguir que a própria doutrina que justifica a prescrição dos delitos com base na ideia de que “o tempo tudo cura” tem de admitir que algumas feridas nunca fecham³³. No entanto, uma análise tanto da pessoa do autor como da evolução social conduz necessariamente a advertir que existe um ponto no qual se deixa para trás o presente e se entra para a história³⁴, que não deveria ser objeto da intervenção do juiz penal. A questão é como determinar o momento em que tem lugar o “passo à história”³⁵. Visto que neste ponto é impossível prescindir de uma dimensão gradativa, as soluções intermediárias poderiam estar justificadas em não poucos casos.

Aqueles que sustentam a imprescritibilidade de delitos contra os direitos humanos, o que na resulta prática no julgamento de anciões por fatos cometidos por estes trinta ou quarenta anos antes, não parecem pretender tanto a punição efetiva, quanto a necessidade de reafirmação jurídica da dignidade da vítima como ser humano³⁶. Todavia, isso não poderia

conclusão é que “se bem diferentes pactos e tratados internacionais reconhecem a garantia mínima fundamental a não ser julgado nem sancionado por um fato punível a respeito do qual foi condenado ou absolvido em conformidade com a lei [...] o certo é que a exigência cada vez maior de uma justiça ecumênica, orientada a reprimir comportamentos que afetem bens de grande interesse e valia para toda a humanidade, tem levado os Estados a repensar a imutabilidade de certos axiomas, entre eles o da coisa julgada e, portanto, o de *non bis in idem*”.

²⁹ Como reconhece na Espanha a STC 157/1990, de 18 de outubro, trata-se de um instituto que encontra fundamento também em princípios e valores constitucionais, mas a Constituição nem sequer impõe sua própria existência, embora “seria constitucionalmente questionável um sistema jurídico penal que consagrara a imprescritibilidade absoluta dos delitos e das faltas”.

³⁰ Que pode defender-se a partir de perspectivas de justiça absoluta: assim, ROBINSON, Paul; CAHILL, Michael. *Law Without Justice*, 2006. pp. 58 e ss.

³¹ Por lesionar a dignidade da pessoa humana.

³² NINO, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*, 1996, pp. 182-183.

³³ JANKÉLÉVITCH, Vladimir (*L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, Paris: Seuil, 1986. p. 25), a propósito do Holocausto judeu indica que “quando uma ação nega a essência do ser humano como ser humano, uma prescrição que tende a perdoá-la em nome da moralidade contradiz a própria moral”. A citação é de CAMPAGNA, Norbert. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, 2007, p. 133. Além disso, sobre possíveis justificações da imprescritibilidade de certos delitos, isto é, da prolongação de sua persecução até a morte do presumido autor, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La prescripción penal*, 2004. pp. 91 e ss.

³⁴ VORMBAUM, *Op. cit.*, p. 498.

³⁵ Contra o que parece sugerir BLÜMMEL, Regina (*Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 263) ao falar de que se deve conseguir a paz com a vítima, não creio que isso se deve deixar nas mãos desta última. BLÜMMEL cita JÄGER (“Strafrecht und nationalesozialistische Gewaltverbrechen, *Kritische Justiz*, 1968-1969, p. 153) e BOLLINGER (“SED-Unrecht darf nicht verjähren”, *Deutsche Richterzeitung*, 1992, p. 73.v).

³⁶ CAMPAGNA, *Op. cit.*, p. 133.

impedir a aceitação da prescrição, desde que esta não apareça como um obstáculo processual que impeça um pronunciamento sobre o injusto culpável do autor³⁷. A declaração do injusto culpável não seguida de pena (por prescrição) poderia ser suficiente, em casos de transcurso de um largo período de tempo, para os efeitos de restabelecimento da situação da vítima.

O destacado pode valer também para distinguir anistiabilidade e indultabilidade. Como é sabido, entre o indulto e a anistia existe uma radical diferença. O indulto tem lugar sobre um sujeito já condenado e, portanto, é uma causa de extinção da responsabilidade criminal. A anistia, por sua vez, incide antes do processo penal, de modo que impede a própria declaração de dita responsabilidade³⁸. Esta distinção constitui um argumento para rechaçar a anistia³⁹ e, por outro lado, admitir a possibilidade de indultos. Nestes, não obstante prescindir-se da execução da pena imposta, o injusto culpável do autor e, com ele, a constituição do afetado como “vítima” podem resultar perfeitamente estabelecidos na condenação⁴⁰.

Como já se antecipou, muito mais relevante é a questão da defesa da irrelevância do princípio de irretroatividade das disposições desfavoráveis. Entretanto, também aqui se deve distinguir, embora apenas para fins analíticos, entre o efeito que desdobra de tal princípio ao projetar-se, indiretamente, sobre disposições exoneratórias como uma lei de anistia, e o que ocorre quando incide, diretamente, sobre uma lei gravosa como a que estende *a posteriori* os prazos de prescrição de determinados delitos, até a imprescritibilidade.

Em primeiro lugar, pode-se considerar a incidência do princípio em relação às leis de anistia⁴¹. Se restar constatado que tais disposições favoráveis, a que precedia e a desfavorável que sucedeu aquela (respectivamente, a que não as reconhecia e a que as derogou), são declaradas nulas, e se procedendo à punição, não há que se falar de violação do princípio de irretroatividade, se necessário, para punir. Mas, para declarar nula a disposição intermediária favorável, é preciso negar sua legitimidade material, o que deveria derivar-se de uma disposição de direito supralegal e, seguramente, supraconstitucional⁴². A partir desta

³⁷ Apesar de que na Espanha é dominante a concepção da prescrição como instituto de direito material, o certo é que isso só diz respeito com sua regulamentação no Código Penal. Se, pelo contrário, se tiver presente sua regulamentação na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím – Norma processual penal espanhola), como artigo de anterior pronunciamento, questão de ordem pública que deve se resolver em qualquer momento do procedimento, se advertirá que na realidade a prescrição opera como um obstáculo processual que impede um pronunciamento sobre o caso. Isto se deve analisar com calma.

³⁸ Cf. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Amnistía, constitución y justicia material”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, pp. 187 e ss., 197; CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-137. Sobre a possibilidade de fundamentar na justiça a procedência de uma anistia para os delitos cometidos na antiga República Democrática Alemã, é muito interessante a argumentação de HILLENKAMP, Thomas. “Offene oder verdeckte Amnestie – über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung”, *Humboldt Forum Recht*, 1997, pp. 6 e ss.

³⁹ A isto, ademais, há uma tendência de acompanhar sempre o estigma de representar uma “autoexoneração” (autoanistia). De todo modo, resulta questionável que a aceitação ou rechaço da anistia dependa de como é esta “sentida subjetivamente” pelas vítimas, de quais são as “necessidades de pena” destas. Assim, no entanto, BLÜMMEL, *Op. cit.*, pp. 272-273.

⁴⁰ CAMPAGNA, Norbert. “Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2003, pp. 172 e ss., 180 e ss.

⁴¹ Cf., por exemplo, a linha argumentativa de NINO, *Op. cit.*, pp. 158 e ss.

⁴² Como de fato faz NINO, quando se tratam de disposições promulgadas sem legitimidade democrática. O que supõe, não obstante, adotar um ponto de vista material externo, indefensável a partir de perspectivas positivistas de segurança jurídica. *Radical Evil on Trial*, p. 163. Mais fraco é o argumento de NAUCKE, quando indica que o autor que detém o poder de permanecer impune mediante a promulgação de regras, sua não promulgação ou mediante uma praxe de impunidade apesar das regras vigentes no momento do fato, “se burla da proibição de retroatividade e perde sua proteção”. *Die strafjuristische Privilegierung*, p. 55. De fato, a maior parte dos “autores” cuja punibilidade pretende

perspectiva, o caso das disposições de exoneração dotadas de legitimidade democrática resulta absolutamente distinto⁴³. No que diz respeito a tais disposições, se faz inadmissível esgrimir o argumento da nulidade⁴⁴. Logo também é impossível evitar as consequências do princípio de irretroatividade das disposições desfavoráveis, salvo se a lei democrática exoneradora violara o disposto em um tratado internacional ratificado anteriormente pelo Estado (e, novamente, fora, por essa razão, nula). Além desta última eventualidade, o afastamento das consequências do princípio de irretroatividade de disposições desfavoráveis somente poder-se-ia ser sustentado a partir da postura daqueles que pensam que os princípios geralmente reconhecidos em direito internacional satisfazem as exigências do princípio de legalidade jurídico-penal⁴⁵; e que um destes princípios é o da nulidade das disposições exoneratórias, embora democráticas e não violadoras de disposições internacionais, em casos de violação de direitos humanos.

Quanto à prescrição, tem-se sustentado a opinião de que a prolongação de seus prazos, ou inclusive a declaração de imprescritibilidade após a comissão do fato, não gera problemas de legalidade. A razão indicada é a de que as garantias do princípio de irretroatividade das disposições desfavoráveis alcançam apenas os elementos definidores do delito e não as condições de sua persecução⁴⁶. Ademais, se aduz que essa extensão retroativa dos prazos compensaria o fato de que durante um tempo foi impossível perseguir os delitos, o que é um fundamento suficiente para a suspensão do transcurso dos prazos de prescrição⁴⁷. Certamente, como se tem indicado, não existe um direito em sentido estrito à prescrição dos delitos. Contudo, uma vez estabelecida esta, dificilmente pode-se negar que a regulamentação dos prazos prescricionais seja uma garantia para o autor⁴⁸. Na STC [*Sentencia del Tribunal Constitucional*] (1ª) 63/2005, de 14 de março, o Tribunal Constitucional espanhol reforçou essa ideia. Portanto, a extensão retroativa dos prazos de prescrição não resulta admissível.

Finalmente, há a privação de efeitos das decisões judiciais com trânsito em julgado. Novamente resulta necessário efetuar distinções. Nos casos de coisa julgada “fraudulenta” ou “aparente” pode-se sustentar que se tratam, na realidade, de decisões prevaricadoras ou, em todo caso, com vícios processuais determinantes de sua nulidade. Portanto, um novo julgamento não violaria o princípio de *non bis in idem*. Esse argumento, por outro lado, carece

fundamentar não entraria em nenhuma dessas categorias.

⁴³ PASTOR, *El poder penal internacional*, p. 188: “Limitadamente, e se são decididos de modo democrático, não pode existir uma objeção jurídica fundamental aos mecanismos de não punibilidade”.

⁴⁴ O próprio NINO admite em tais casos a necessidade de prescindir da sanção, a partir de uma fundamentação da punição não retributiva, mas prudencial. *Op. cit.*, p. 164. No entanto, parece que a questão transcende o prudencial. Trata-se de uma questão de segurança jurídica e de legitimidade do *ius puniendi*.

⁴⁵ Como pode se entender que ocorre no Estatuto de Roma, por intermédio dos artigos 21.1.b e 22.3.

⁴⁶ Cf. as referências à doutrina alemã, muito influenciada pela questão da persecução dos crimes do nazismo, em RAGUÉS I VALLÈS, *Op. cit.*, pp. 77 e ss. Com a finalidade de legitimar a ampliação retroativa dos prazos de prescrição se orientou, já na época nazi, certamente, a qualificação da prescrição como instituto processual e não substantivo, dominante naquele país. Quanto aos demais, o argumento mais usual é que o delincente não tem uma pretensão legítima sobre os prazos de prescrição que determine que estes tenham de resultar amparados pelo princípio de legalidade. Neste sentido: BLÜMMEL, *Der Opferaspekt*, p. 260.

⁴⁷ NINO, *Radical Evil on Trial*, pp. 182-183.

⁴⁸ Neste sentido, RAGUÉS I VALLÈS, apresentando o argumento contratualista do compromisso do Estado sobre o tempo durante o qual um delito será perseguido e apelando, mesmo assim, ao elemento da confiança dos cidadãos. *La prescripción penal*, pp. 83-84.

de algum valor em se tratando de decisões corretas, quando resulta do surgimento de fatos novos ou provas novas. Neste caso, não cabe senão afirmar a violação do princípio *non bis in idem*, vinculado à estabilidade das sentenças e, com ele, a tutela judicial efetiva⁴⁹.

2.3 As razões da doutrina contra a impunidade

As razões para a luta contra a impunidade dos delitos contra a humanidade mostram, inicialmente, certo formalismo⁵⁰. Assim, de início, os tribunais constitucionais nacionais afirmam que os Estados têm de combater a impunidade para cumprir seus deveres internacionais⁵¹. Todavia, isso deve remeter necessariamente a uma fundamentação ulterior: a de por que as situações de impunidade (não persecução de fatos puníveis; promulgação de leis de exoneração; ou, em particular⁵², não anulação destas) violam os convênios internacionais de direitos humanos⁵³. É neste ponto onde aparecem as razões materiais. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz alusão a um “*direito das vítimas à justiça*”, que se associa a seu direito “a que se investigue, se identifique e se julgue os indivíduos responsáveis”; a um “*direito à verdade*”, que se encontra subsumido no “direito da vítima ou seus familiares a obter dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento dos fatos violadores e as correspondentes responsabilidades, através da investigação e o julgamento que preveem os artigos 8 e 25 da Convenção”⁵⁴. É por este motivo pelo que se considera que as disposições exoneratórias dariam lugar a uma “vulnerabilidade” da vítima”.

O que chama a atenção na linha argumentativa anterior é a ausência de qualquer consideração de prevenção geral negativa ou positiva. Nem a dissuasão de potenciais autores nem a confiança de vítimas potenciais são objeto de consideração. O dever de punir – o combate à impunidade – se afirma a partir dos direitos das vítimas “atuais” ou “efetivas”. A questão é se, então, nestes casos deve-se falar de uma fundamentação retributiva da punição. Visto que o problema conduz a determinar, de modo geral, se as doutrinas que fundamentam a punição com base em um direito das vítimas são retributivas ou não, nos ocuparemos na segunda parte deste texto. Basta para o momento afirmar que, geralmente, as doutrinas retributivas não se têm construído em torno da vítima do delito, mas sim a partir da relação entre o fato realizado pelo autor e a norma⁵⁵. O que convém frisar agora é que no parágrafo anterior apareceram entrecruzados direitos distintos, sobre cuja existência e alcance se convém pronunciar, provisoriamente, de modo diferenciado: assim, ao menos, um direito à

⁴⁹ Embora o Tribunal Constitucional espanhol o tenha contemplado a partir da posição do direito fundamental à legalidade.

⁵⁰ Assim também, por exemplo, OTERO, Juan Manuel. “Hacia la internacionalización de la política criminal ¿castigo o impunidad?”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2003, pp. 113 e ss., 132: “Devido ao fato de que o Estado argentino tem a obrigação de garantir o gozo e o exercício dos direitos reconhecidos nos pactos internacionais, deve punir penalmente determinadas condutas”.

⁵¹ No caso das decisões da Corte Interamericana se afirma que dita impunidade viola o art. 18 da Declaração Americana dos Direitos do Homem, assim como os artigos 1, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁵² Posto que esta é a situação que se tem apresentado nos últimos anos.

⁵³ Pois, em princípio, tanto o punir como o não fazê-lo conformam “o mundo possível” do poder penal: PASTOR, *El poder penal internacional*, p. 187.

⁵⁴ Assim, reiterando uma doutrina assentada, a sentença do “*caso Almonacid*” afirma a existência de uma obrigação do Estado de obter a verdade por meio dos processos judiciais (número de margem 150).

⁵⁵ FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, p. 54, aludindo ao restabelecimento da norma violada, a privação da vantagem ilícita alcançada pelo autor etc.

verdade, um direito ao processo, um direito à justiça e um direito a punição.

Difícilmente pode-se negar a existência de um direito das vítimas e de seus familiares ao conhecimento da verdade⁵⁶. O problemático é sustentar que dito direito pode (e deve) satisfazer-se mediante o processo penal⁵⁷. Na realidade, a reconstrução processual do fato histórico não pretende declarar a verdade do ocorrido, mas simplesmente preparar as bases para uma atribuição de responsabilidade⁵⁸. Por isso, têm razão aqueles que afirmam que a verdade que resulta da atribuição de reprovação é bem mais limitada⁵⁹. Inclusive, a obtida nas “comissões da verdade” padece de limitações notáveis, que só se pode superar mediante o diálogo aberto entre interlocutores honrados e informados⁶⁰.

Algo distinto verifica-se com o direito à justiça. Parece, com efeito, que o lugar natural das pretensões de justiça é o processo: logo, o direito à justiça passa por um direito ao processo. Ocorre, contudo, que não resulta claro o que significa “direito à justiça” e como se pode pretender sua satisfação. Uma primeira possibilidade é que com tal expressão se queira aludir, simplesmente, à pretensão que pode ter quem se considera vítima de que isso se declare objetiva e publicamente. Para o cumprimento de tal finalidade aparece, em primeiro plano, o instituto da reprovação. Já fora sugerido que a própria ideia de uma reprovação seletiva é questionável, visto que resulta em uma simplificação de realidades complexas. Culpar a alguém por algo implica em liberar a outros de toda reprovação por esse algo, o que pode ser impreciso⁶¹. No entanto, apesar disso, provavelmente pesem mais as vantagens morais que proporcionam os processos, como expressão de censura, que o inconveniente aludido. Mediante o juízo de reprovação dirigido ao autor, o afetado pela ação daquele se em “vítima”, restabelecendo-se sua dignidade e igualdade⁶².

A afirmação de um direito à punição se conecta com a tese anterior, no sentido de inflição de dano. Aparentemente, trata-se do especial valor expressivo que o padecimento de dor por parte do autor pode ter para o restabelecimento da posição originária da vítima em casos de violações de direitos humanos⁶³. Porém, resulta difícil não notar a pretensão de racionalizar (ou encobrir) o puro desejo de vingança. Dado que isto se deve examinar em termos gerais, vale aqui uma remissão para a segunda parte deste texto.

⁵⁶ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 154.

⁵⁷ É fundamental PASTOR, Daniel Roberto. *¿Verdad, historia y memoria a través de la justicia penal?*, 2007, manuscrito de 35 páginas. Ademais, sobre o papel dos julgamentos como instrumentos de revelação da verdade, de promoção da discussão pública e de processos de autoexame, por um lado, mas também como geradores de novas hostilidades, cfr. matizadamente, GARGARELLA, Roberto. “Cultivar la virtud. La teoría republicana de la pena y la justicia penal internacional”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2003, pp. 99 e ss., 108.

⁵⁸ Pergunto-me se faz sentido distinguir entre uma verdade histórica e uma verdade jurídica (constitucional), sendo esta a única válida para o Estado, quando é óbvio que as restrições probatórias inerentes ao processo penal obrigam a considerar não provado o que se sabe que sem dúvida ocorreu.

⁵⁹ MALAMUD GOTI, *Lewis and Clark Law Review*, 2005, p. 641 e ss.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 646.

⁶¹ *Idem, ibidem*, pp. 634 e ss., 641 e ss. Por seu turno, CROCKER sustenta que é precisamente a exclusão da responsabilidade coletiva mediante a retribuição a única forma que pode encerrar o ciclo da vingança. *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, p. 521.

⁶² MALAMUD GOTI, *Lewis and Clark Law Review*, 2005, pp. 636 e ss., 639-640.

⁶³ Somente a “inexorabilidade da execução da pena” (ANTONIO BASCUÑÁN) lograria “negar institucionalmente a validade da mensagem quase-normativa destes delitos, afirmando a vigência categórica, definitiva e universal das normas fundamentais”.

2.4 Balanço reflexivo

Como visto, a doutrina de luta contra a impunidade conta apenas com contraditores. É certo que, às vezes, se afirma que a formação de uma consciência social acerca da gravidade das violações dos direitos humanos depende mais da exposição destas e de suas condenações que do número de pessoas efetivamente punidas por aquelas⁶⁴. Mas, geralmente, isso ocorre a partir de posições estratégicas. Só isso já indica que a imposição aos Estados de um dever (internacional) de perseguir e condenar as violações de direitos humanos produzidas durante um regime político anterior constitui um instrumento demasiadamente tosco para os governos que têm de tratar com as complexidades do restabelecimento da democracia. Assim, esta posição não se opõe a uma jurisdição internacional (ou estrangeira) que assuma a luta contra a impunidade, rechaçando anistias ou prescrições⁶⁵. A proposta é, então, que a comunidade internacional assumira assim a proteção ativa dos direitos humanos mediante a punição (irrestrita?) de suas violações.

A exceção mais sobressalente a esta ordem vem representada pelo estudo de DANIEL R. PASTOR sobre o poder penal internacional. Nele se mostra como a ideologia da luta contra a impunidade (a qual ele denomina de “punição infinita”) é acolhida em tribunais que, como a Corte Penal Internacional, atuam como *prima ratio* do ordenamento jurídico internacional e se tornam predeterminados a condenar⁶⁶; como ela produz uma profunda erosão dos pressupostos político-criminais do direito penal; como, por fim, existe o risco de que os elementos do modelo de luta contra a impunidade se estendam a todo o conjunto do direito penal. Deste último nos ocuparemos a seguir.

3. Elementos permanentes

Seria errôneo afirmar que as doutrinas contra a impunidade patrocinam apenas um direito penal de exceção para afrontar uma criminalidade excepcional⁶⁷. Seu alcance acaba sendo superior, compreendendo também delitos distintos dos próprios da criminalidade estatal ou paraestatal. Em particular, o terrorismo⁶⁸ e, em geral, os delitos contra a vida: na verdade, não há nenhuma razão especial para pensar que o conceito – e suas implicações – não resulta aplicável a outros delitos graves nos ordenamentos internos⁶⁹. Quando se rechaçam as leis de anistia com os argumentos de que constituem uma legislação “*ad hoc*”, assim como que

⁶⁴ NINO, Carlos Santiago. “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal*, 1990-1991, pp. 2619 e ss., 2630.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, pp. 2638 e ss. Reitera esta linha argumentativa em NINO, *Radical Evil on Trial*, pp. 149 e ss., 186 e ss., estendendo-a aos casos de terrorismo e narcotráfico.

⁶⁶ PASTOR, *El poder penal internacional*, pp. 75 e ss., 129 e ss. e 175 e ss., onde conclui que o denominado “direito penal do inimigo” constitui o modelo do poder penal internacional.

⁶⁷ Não obstante seja certo que, às vezes, se argumenta que as necessidades de fazer uma “justiça histórica” após a mudança de regime político pode resultar no estabelecimento de exceções aos princípios gerais de direito penal de forma que não poderiam ser estendidos aos delitos comuns.

⁶⁸ É significativo, por exemplo, que na Colômbia se discuta agora acerca do indulto concedido – em virtude da Lei 77 de 1989 e, logo, da Lei 7ª 1992 – ao grupo guerrilheiro M-19 (responsável, dentre outros atos, pela ocupação do Palácio de Justiça em Bogotá). Entre outros argumentos, destaca que não se tratou na realidade de um indulto, mas de uma anistia; e que não se garantiu o direito das vítimas a verdade e a reparação.

⁶⁹ Sobre o “efeito metástase”: PASTOR, *El poder penal internacional*, pp. 176 e ss.

implicam uma “perpetuação da impunidade”, se está por um lado, realizando, afirmações válidas para toda anistia e, por outro lado, incorrendo em uma tautologia⁷⁰. Quando se afirma que as leis de anistia ou análogas conduzem ao “desamparo das vítimas e seus familiares”, que se veriam privadas de seu direito à obtenção da justiça mediante recursos efetivos, volta-se a utilizar um argumento que resulta perfeitamente generalizável e que, portanto, valeria do mesmo modo para uma anistia que favorecera os membros de um grupo terrorista, para a prescrição dos delitos de um assassino em série ou para o indulto de qualquer delito comum grave⁷¹. Dito de outro modo, com base nelas pode-se sustentar de modo geral a imprescritibilidade, a inindultabilidade e a inanistiabilidade ao menos dos delitos violentos graves. As dificuldades que aparecem quando se trata de defender a prescrição para o homicídio e a imprescritibilidade do genocídio são reflexo disso⁷². Todavia, nem a prescrição, nem o indulto, nem sequer a anistia⁷³, conduzem necessariamente a uma segunda vitimização que os tornem inaceitáveis a partir da posição da dignidade das vítimas⁷⁴.

Seja como for, basta observar o debate político, o discurso das associações de vítimas ou os meios de comunicação para observar a onipresença dos conceitos próprios da doutrina de luta contra a impunidade. Isto permite afirmar que seus elementos marcam uma *tendência evolutiva do direito penal* no final do século XX e início do século XXI⁷⁵. Esta tendência (como, aliás, também ocorre na manifestação da repressão estrita dos delitos contra a humanidade) se vincula, ao menos em parte, a já assentada orientação do direito penal às vítimas do delito. Dentro desta, o critério reitor é a existência de um (suposto) *direito da vítima – particularmente, da vítima de um delito violento – a punição do autor*.

Com efeito, como observado, as doutrinas contra a impunidade situam-se no centro das missões do direito penal a de *fazer justiça às vítimas* mediante o julgamento e punição dos autores. Consequentemente, se opõem a todas aquelas instituições que, por serem expressão de uma certa orientação do direito penal ao autor ou às necessidades da sociedade em seu conjunto, redundam na extinção da responsabilidade penal daquele ou em uma renúncia a execução da pena. Constatado um fato materialmente antijurídico e culpável, alguns dos argumentos que poderiam caracterizá-lo como atípico e, desde logo, a maioria dos que poderiam qualificá-lo como não punível são rechaçados como obstáculos à realização da justiça que reclamam e merecem as vítimas. Do mesmo modo, são afastados os argumentos

⁷⁰ Salvo que se queira aludir, como o faz a sentença da Corte Suprema argentina de 13 de julho de 2007, ao declarar a inconstitucionalidade do Decreto 1002/89, de indulto, ao argumento de prevenção geral segundo o qual a impunidade propicia a repetição crônica dos fatos. Porém, como indicado anteriormente, o argumento de prevenção geral negativa na realidade não tem, nestes casos, especial força.

⁷¹ Sobre a crescente extensão da noção de impunidade a âmbitos distintos da criminalidade de Estado e as violações de direitos humanos internacionais, isto é, a delinquência comum, (de gênero, por exemplo), VIÑUALES, *Law and Inequality*, 2007, pp. 126, 134 e nota 60.

⁷² Cf. VORMBAUM, *Festschrift für Günter Benmann*, p. 500 e nota 96.

⁷³ A respeito, sustenta PÉREZ DEL VALLE a possibilidade de uma anistia, sempre que esta seja “justa”, com base numa concepção distributiva, não viole deveres internacionais assumidos pelo Estado nem afete a confiança em que os requerimentos da lei, na realização do bem comum, seguem vigentes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, pp. 203 e ss.

⁷⁴ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 159.

⁷⁵ Cf. TUROW, Scott. “¿Culpable hasta la eternidad?” *El Mundo*, Madrid, 16 de abr. 2007. pp. 6-7: “Postos a escolher, os legisladores contemporâneos votam inevitavelmente em sua maior parte a favor do endurecimento das normas penais, o que faz esperar nos próximos anos a derrogação ou o endurecimento das normas sobre prescrição de delitos”.

que, no âmbito da execução, permitiriam qualquer distanciamento do *cumprimento efetivo* da condenação imposta.

A pergunta aberta é, no entanto, se a realização da justiça para a vítima requer, em todo caso, a punição efetiva do autor. Não parece fácil sustentar que a vítima ou a sociedade tenham uma pretensão legítima de punição revestida de caracteres absolutos. Como se tem indicado, os direitos das vítimas e da sociedade são, respectivamente, ao restabelecimento de sua dignidade e ao restabelecimento dos vínculos sociais postos em questão pelo delito⁷⁶. Mas a questão é se isso não resulta inerente à declaração de culpabilidade do autor (e a correspondente declaração do caráter de vítima do sujeito afetado por aquele)⁷⁷. Na medida em que for possível restabelecer a dignidade da vítima – mostrar o reconhecimento que esta merece –, causando o menor dano possível ao autor, parece que o sistema do direito penal deveria orientar-se a isso⁷⁸.

A meu juízo, não alteram substancialmente as coisas se o problema é abordado desconsiderando a posição da vítima e introduzindo a lógica da prevenção geral positiva. Como é sabido, e prescindindo das nuances próprias das múltiplas variantes de tal doutrina, esta identifica a pena como a comunicação que expressa, impondo um mal ao infrator, que a sociedade segue confiando na norma violada⁷⁹. Na realidade, a única fundamentação convincente desta corrente é a necessidade de que ao delito – a qualquer delito – lhe siga uma reação penal; isto é, uma comunicação penal que ocorra “à custa do autor”⁸⁰. Mas não significa precisamente que esta tenha de consistir em infligir ao autor o dano derivado da execução da pena. Por isso, em minha opinião, da explicação da pena como confirmação da norma não se pode deduzir sem mais que “a falta de punição de uma infração aos direitos humanos é por si só um ataque aos direitos humanos”⁸¹, pois o mesmo valeria para qualquer outro delito grave e, todavia, não parece que se pode declarar de modo geral a ilicitude de qualquer disposição exoneratória de responsabilidade do autor de um injusto culpável. Pelos mesmos motivos, tampouco se pode pretender concluir, sem introduzir premissas adicionais, que “ante certa classe de fatos, a ordem social não pode permitir o perdão”⁸², pois, efetivamente, haveria de concluir o mesmo para outros delitos graves. A necessidade da “dor penal” não se vincula, pois, às exigências de uma confirmação ideal da vigência da norma, senão as de proporcionar seguridade cognitiva a vítimas reais e potenciais. Seria neste ponto – e não no anterior – que deveria ser aprofundado.

Segundo um ponto de vista idealista, do qual participam em ampla medida as teorias da prevenção geral positiva, pode-se sustentar perfeitamente que o perdão, enquanto manifesta o fato injusto e a responsabilidade por este⁸³, ao mesmo tempo em que os elimina, constitui um

⁷⁶ CAMPAGNA. *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 66-67.

⁷⁷ O que aceita CROCKER, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, p. 519: “the trial affirms the dignity of the victim”.

⁷⁸ BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not just deserts*, 1990, *passim*, pp. 124 e ss.

⁷⁹ Perspectiva com a qual argumenta SANCINETTI, Marcelo. “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la Nación argentina”, *Dogmática y ley penal*, 2004, pp. 811 e ss., p. 814.

⁸⁰ Obviamente, não quero dizer com isto que no sistema penal argentino se deram, durante a vigência das leis de Obediência Devida e de Ponto Final, os elementos dessa comunicação penal em todo caso necessária.

⁸¹ SANCINETTI, *Op. cit.*, p. 815.

⁸² *Idem, ibidem*.

⁸³ Formulando-o em termos de possibilidade, VON BAR, Carl Ludwig. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1992, p. 312.

equivalente funcional da pena. Mais ainda, se indica que constitui “a mais alta expressão do reconhecimento recíproco”⁸⁴. Contudo, não é necessário participar dessa perspectiva filosófica para enfatizar que, assim como a punição, também o perdão pode pôr fim à irreversibilidade da conduta reprovável⁸⁵.

Certamente, pode haver quem pense que “o perdão absoluto, sem que a desaprovação do ato ilícito tenha tido alguma expressão real – ainda que seja apenas a privação da confiança previamente existente – aplicado como máxima geral eliminaria a moral: pois não indicaria outra coisa se não que a conduta contrária à moral não afeta o valor de seu causante”⁸⁶. De todo modo, ainda assim, pode-se concluir que “[...] inclusive o perdão mais completo, no sentido de que o autor não sofra como consequência de seu ato o menor mal especialmente pretendido, permaneceria sempre sobre seu caráter como consequência do ato ilícito uma sombra que, quando pretendesse a ressocialização conosco, teria uma desvantagem que, embora quiséssemos, não estaríamos em condições de anular”⁸⁷.

4. A doutrina do “direito da vítima a punição do autor”

4.1 Introdução: direitos das vítimas e deveres dos Estados

Nem nas constituições nem nos códigos penais se faz menção explicitamente à existência de um suposto *direito da vítima a punição* do autor do injusto culpável cometido contra ela. No plano teórico, somente a partir do retribucionismo obrigatório (*mandatory retributivism*) se poderia sustentar sem problemas a existência de um direito assim, que não deriva diretamente do reconhecimento devido à vítima ou a seus familiares⁸⁸.

Do conjunto de normas secundárias (“... será punido...”) e da regulação específica do delito de prevaricação cabe inferir, por outro lado, a existência de um *dever de punir* (no sentido de condenar: impor uma pena) que recai precisamente sobre o juiz. Mas esse dever acaba excluído em muitos casos por razões alheias a inexistência de um injusto culpável e que tampouco dependem da vítima: a concorrência de escusas absolutórias, a prescrição, etc.

No que diz respeito a existência de *deveres de punir* cujo destinatário seria o *legislador nacional*, é certo que a tese da existência de mandados constitucionais tácitos⁸⁹ de criminalização conta com um número crescente de adesões⁹⁰. Inclusive, o TEDH extraiu da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (em particular de seu artigo 3⁹¹) a existência de um dever do legislador nacional de promulgar leis penais que protejam as vítimas de modo

⁸⁴ Cf. HEGEL. *Phänomenologie des Geistes*, 493, para quem o “Verzeihung” constitui a “höchste Stufe der wechselseitigen Anerkennung”. A citação é de SEELMANN, Kurt. “Ebenen der Zurechnung”, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, pp. 85 e ss., p. 91.

⁸⁵ MALAMUD GOTI. “Emma Zunz, Punishment and Sentiments”, *Quinnipiac Law Review*, 2003-2004, pp. 45 e ss., 51, 58 e nota 28.

⁸⁶ VON BAR, *Op. cit.*, p. 316.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 317.

⁸⁸ NINO, *Yale Law Journal*, 1990-1991, pp. 2619 e ss., 2621.

⁸⁹ A existência de mandados constitucionais expressos de criminalização é, obviamente, indiscutível onde estes aparecem.

⁹⁰ Cf. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 333 e ss.

⁹¹ Referente à proibição da tortura assim como dos tratamentos e punições desumanas e degradantes.

suficiente⁹². Entretanto, o cumprimento de tais mandados esgota-se na criação de certos tipos penais ou na sua tipificação de determinada maneira⁹³. Com relação aos – também existentes – mandados supranacionais explícitos de proteção repressiva (e, eventualmente, de criminalização)⁹⁴, estes costumam acrescentar ao dever de tipificação o requisito de que as sanções sejam adequadas, proporcionadas e dissuasórias. Inclusive chegam ao estabelecimento de marcos punitivos de referência. Mas costuma-se nada indicar quanto à condenação e, muito menos, em relação à necessidade de sua execução efetiva. No caso espanhol, quando o artigo 62 *i* da Constituição atribui ao Rei o exercício do direito de graça com base na lei, se limita a estabelecer que tal lei não poderá autorizar indultos gerais.

A questão pode apenas remontar, então, à suposta existência de um *dever internacional do Estado* de punir efetivamente determinados delitos. Um dever cuja infração poderia redundar na responsabilidade internacional do Estado. Como se tem indicado, a “doutrina de luta contra a impunidade” apoia-se no fato de que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ao declarar a inaniabilidade e a imprescritibilidade de certas violações extremamente graves destes, apoiam significativamente a existência de tal dever. Ora, antes já se tentou frisar que a fundamentação do dever internacional de punir efetivamente determinados delitos⁹⁵ em um suposto direito das vítimas à justiça não resultava suficientemente forte. A seguir se aprofundará nesta linha, confrontando os termos da doutrina do “direito da vítima a punição do autor”.

4.2 Direitos das vítimas a punição dos autores?

A afirmação de que a vítima tem direito a punir o autor parece, de início, própria do direito penal taliônico, no qual a vingança privada possui uma clara conotação satisfativa. O direito penal público, em compensação, tem tido como vocação histórica a da neutralização da vítima⁹⁶. É sabido, contudo, que nas últimas décadas, em decorrência do auge da vitimologia, iniciou-se um ressurgimento do papel da vítima no direito penal monopolizado pelo Estado⁹⁷. Entretanto, nada anunciava que, nesse contexto, surgiria novamente com certa força a ideia do direito da vítima a punição do autor. Na realidade, tudo parece indicar que o responsável por tal reaparição foi JAN PHILIPP REEMTSMA, um rico intelectual alemão, após o seu sequestro

⁹² Em particular, as vítimas de crimes de maus tratos ou sexuais. Vide os casos *A. c. Reino Unido e X. & Y. vs. Países Baixos*, *M.C. vs. Bulgária* e *Siliadin vs. França*: Cf. DOMÉNECH PASCUAL, *Op. cit.*, pp. 343 e ss.

⁹³ E sua infração dá lugar tão somente à declaração do Tribunal e, se necessário, a um pedido de compensação financeira. O que FLETCHER interpreta como o surgimento de um novo tipo de direito internacional de danos (*torts*), baseado na violação do dever de proteção aos cidadãos imposto aos Estados. *Lewis and Clark Law Review*, 2005, p. 553.

⁹⁴ Que aparecem no direito da União Europeia, mas também em tratados internacionais de proteção de determinados setores.

⁹⁵ O que obviamente só é possível reconcebendo a noção de soberania.

⁹⁶ Cf. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, 1922, pp. 416-417. Segundo BINDING, uma vez estabelecida a pena pública, o delincente já não tem de “pagar” o preço de seu reingresso na comunidade jurídica. Com isso desaparece o fundamento da antiga “*Strafanspruch*” do afetado. As duas prestações (a satisfação da vítima e o pagamento da paz pública) são assumidas pelo Estado. No entanto, a seu juízo, isso não significa que a pena tenha perdido sua função de satisfação (*Genugtuung*). Uma vez que o direito abandonou o agredido no momento de ser atacado, este deve poder exigir do Estado a satisfação consistente em que a agressão que sofreu não acabe impune. Só que, para BINDING, isso se satisfaz suficientemente com a possibilidade de denúncia.

⁹⁷ A título de exemplo, basta citar os trabalhos contidos no volume *La victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial XV, Madrid, CGPJ, 1993.

em 1996. Após ter dado conta de sua experiência de sequestrado na obra *Im Keller* (1997), REEMTSMA publicou em pouco tempo mais dois textos nos quais explicitava seu ponto de vista⁹⁸. Partindo do desejo de vingança (e de ódio) que tem a vítima perante o autor, constata que o direito penal público não deve ser instrumentalizado com tais fins⁹⁹. Todavia, adverte que há algo que este pode e deve fazer: em concreto, evitar o prosseguimento do dano imaterial sofrido pela vítima. Em não sendo declarado que o que ocorreu não deveria ter acontecido, o dano persiste. Logo, isso não significa que tal intervenção processual baste para eliminar o trauma subjetivo da vítima pelo fato sofrido; mas ao menos impede o prosseguimento objetivo do dano imaterial¹⁰⁰. Mediante o processo de imputação se manifesta à vítima que esta não teve culpa alguma no fato, e que tampouco tem sofrido por um acontecer natural ou por azar, e sim pelo injusto culpável de um autor¹⁰¹. Ao ser este punido, a vítima obtém, pois, sua ressocialização¹⁰².

Não muito distantes deste são as propostas de FLETCHER, para quem o delito, uma vez consumado, prolonga seus efeitos gerando uma situação de dominação (*dominance*) do autor sobre a vítima¹⁰³; ou de K. GÜNTHER, para quem o decisivo é a humilhação e a dor permanentes que o delito produz na vítima¹⁰⁴. Para todos eles, a função da pena é restabelecer a igualdade entre autor e vítima, violada pelo delito¹⁰⁵. Segundo REEMTSMA, isso seria perfeitamente enquadrável na teoria de restabelecimento da vigência da norma como variante da prevenção geral positiva: o interesse da vítima constituiria seu lado subjetivo¹⁰⁶. Inclusive, o próprio FLETCHER¹⁰⁷ afirma que sua argumentação é próxima da hegeliana; só que enquanto esta situa a norma, aquela a substitui e coloca a vítima. Para GÜNTHER, por outro lado, isso vai além da retribuição e da prevenção, como estas são concebidas tradicionalmente¹⁰⁸.

Uma questão que se faz se a ressocialização, a anulação da dominação ou a compensação da humilhação sofrida pela vítima¹⁰⁹ requerem precisamente a exclusão e

⁹⁸ REEMTSMA, Jan Philipp. *Das Rechts des Opfers*, passim. HASSEMER, Winfried; REEMTSMA, Jan Philipp. *Verbrechensopfer*, 2002, pp. 112 e ss.

⁹⁹ HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, pp. 122 e ss.

¹⁰⁰ REEMTSMA, *Das Recht des Opfers*, p. 27: “Para a vítima de um delito a punição do autor não é reparação, mas sim evitação do prosseguimento de um dano”; HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, pp. 131, 134; também JEROUSCHECK, Günter. “Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive”, *Juristenzeitung*, 2000, pp. 185 e ss., 193 e ss.

¹⁰¹ HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, p. 161.

¹⁰² REEMTSMA, *Das Recht des Opfers*, pp. 24, 26-27.

¹⁰³ FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, p. 57.

¹⁰⁴ GÜNTHER, Klaus. “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe”, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 205 e ss., 207 e ss.; ressalta esta dimensão emocional MALAMUD GOTI, Jaime. “Emma Zunz, Punishment and Sentiments”, *Quinnipiac Law Review*, 2003-2004, pp. 54 e ss., para quem a pena cumpre a função de por fim ao sentimento de inferioridade, humilhação ou vergonha da vítima.

¹⁰⁵ E se o Estado não o fizer, descumprindo o dever de punir que recai sobre ele, permite o prosseguimento da situação de domínio (impunidade) e se faz cúmplice dela: FLETCHER. *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, pp. 60 e ss.

¹⁰⁶ HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, p. 137.

¹⁰⁷ FLETCHER. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁸ Por sua vez, ao interpretar a proposta de REEMTSMA, PRITTWITZ a formula como uma teoria de prevenção especial positiva e orientada à vítima: PRITTWITZ, Cornelius. “The Resurrection of the Victim in Penal Theory”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, pp. 109 e ss., 125.

¹⁰⁹ Ou, mais genericamente, o efeito positivo da punição sobre a vítima: PRITTWITZ, *Op. cit.*, p. 128.

infilção de dano ao autor (a execução da pena) e não meramente a declaração pública da reprovação¹¹⁰. A respeito não existe consenso: enquanto que no enfoque de alguns se ressalte a suficiência compensatória da declaração de culpabilidade¹¹¹, outros requerem a “dor penal” (punição efetiva), por entender que no nosso marco social somente esta expressa materialmente a ideia que se quer transmitir¹¹². Neste ponto se encontram justamente no extremo oposto a postura de quem defende que a única pretensão das vítimas deve-se canalizar por uma via jurídico-civil mais aberta as necessidades daquelas, assim como pela via do direito social¹¹³.

Aqueles que exigem a punição efetiva do autor como elemento necessário de um direito penal orientado à vítima podem falar abertamente de um “direito da vítima a punição do autor”. Com efeito, estão afirmando que a punição efetiva se legitima embora não existam razões preventivas para a sua imposição, o que, obviamente, faria decair um próprio “direito do Estado” a impô-lo (um *ius puniendi* legítimo). O direito da vítima a punição do autor seria, então, um direito da vítima perante o Estado, que redundaria em um dever deste. As outras posições, por outro lado, deveriam falar simplesmente de um interesse da vítima na emissão de um juízo de reprovação sobre o autor. Contudo, isto não é irrelevante: a partir daí, pode-se afirmar que a vítima compete com o autor no momento de determinar o alcance dos princípios político-criminais, os quais já não poderiam versar unilateralmente como garantias deste, mas também daquela¹¹⁴.

4.3 Considerações sobre o direito espanhol

Nos códigos penais costuma-se aludir ao *direito da vítima a perdoar* excepcionalmente determinados delitos de modo vinculante ao Estado. Logo, é certo que a vítima ostenta determinado poder sobre o exercício do *ius puniendi*: por um lado, mediante a renúncia à persecução de certos delitos, que requerem uma iniciativa da parte (querela ou denúncia); por outro, mediante o recurso ao perdão de delitos presumidos, sobre os quais já pende um processo penal. No Código Penal espanhol, este aparece como uma causa de extinção da responsabilidade criminal (artigo 130, 5º, CP), ainda que na realidade não o seja. Com efeito, o perdão, para ser eficaz, deve ser outorgado antes de prolatada a sentença. Portanto, não é possível extinguir uma responsabilidade criminal ainda não declarada. Trata-se, na verdade, de uma causa de exclusão da responsabilidade criminal.

Por outro lado, conforme dito anteriormente, nos códigos penais não há menção de um direito da vítima de que o autor seja punido. Na Espanha, é certo que se considera a vítima

¹¹⁰ Cf. a análise de LÜDERSEN, Klaus. “Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer”, *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 63 e ss.

¹¹¹ Especialmente claro, GÜNTHER, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 219.

¹¹² HÖRNLE, Tatjana. “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *Juristenzeitung*, 2006, pp. 950 e ss., 956.

¹¹³ Paradigmático, LÜDERSEN, Klaus. “Opfer im Zwielicht”, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, pp. 879 e ss., 889 e ss.

¹¹⁴ Cf. AMELUNG, Knut. “Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation”, *Festschrift für Albin Eser*, pp. 3 e ss., 6 e ss., ressaltando que o que é norma de proibição para o autor é norma de proteção para a vítima. Outras referências sobre o direito penal como *Magna Charta* da vítima em SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, pp. 48 e ss. A consequência prática é uma redução do alcance das garantias político-criminais do direito penal que, certamente, constituem limitações a “justiça material”.

titular do direito fundamental à tutela judicial efetiva dos juízes e tribunais (artigo 24.1, CE – *Constitución Española*)¹¹⁵, de modo que exerça diretamente o direito de ação (*ius ut procedatur*)¹¹⁶. Entretanto, como já assinalado, entre outras, a STC 178/2001, de 17 de setembro, “a pretensão punitiva de quem exercita a acusação, como pessoa prejudicada, não obriga o Estado, como único titular do *ius puniendi*, a punir em todos os casos, pois a Constituição não outorga aos cidadãos um pretendido direito a obter condenações penais”¹¹⁷. A ideia central é que “de modo algum se pode confundir o direito à jurisdição penal para provocar a aplicação do *ius puniendi*, como parte do direito fundamental à tutela judicial efetiva, com o direito material de punir, de natureza exclusivamente pública e cuja titularidade corresponde ao Estado”¹¹⁸.

4.4 Precisações finais sobre o conceito de “vítima” e seus “direitos”

Quando se assiste ao discurso do direito das vítimas à verdade, ao processo ou a punição, o que mais chama a atenção é o recurso a própria expressão “vítima”. No linguajar ordinário se está falando de vítimas antes que se tenha provado no processo – e, logo, declarado – a existência de, ao menos, um fato antijurídico (e seguramente, também culpável). Isso, em termos jurídicos, não faz sentido. Antes que se constate um fato antijurídico (e, seguramente, também culpável), não pode haver uma vítima, mas, no máximo, uma vítima “presumida”¹¹⁹. Com efeito, não se é vítima (no sentido jurídico-penal) pelo fato de ter sofrido um dano¹²⁰, mas somente por ter sofrido uma lesão antijurídica, o que se pode determinar unicamente no processo¹²¹. Inclusive, poderia se pensar que as lesões produzidas por inculpáveis não produzem vítimas em sentido estrito (como sujeitos afetados em sua dignidade pelo delito). Em todo caso, esta precisão é importante, pois destaca, por um lado, que o que às vezes se apresenta como direito das vítimas seria apenas um direito de vítimas presumidas. Por outro lado, que só é possível falar de direitos das vítimas em relação aos pronunciamentos posteriores ao reconhecimento da antijuridicidade (culpável) do fato. Finalmente, e acima de tudo, que falar de vítimas antes do (ou durante o) processo na realidade é “prejulgar”.

¹¹⁵ O que desconhece FLETCHER, ao realizar uma análise das constituições ocidentais. *Lewis and Clark Law Review*, 2005, p. 551. Some-se a isso, ademais, a regulamentação espanhola do direito de ação na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com ação popular incluída... (NT) Ao contrário do Brasil, a ação popular na Espanha abrange também a esfera penal, conforme prevê o artigo 110 da LECrim.

¹¹⁶ Algo que por si só é questionável, sobretudo considerando a existência de importantes culturas jurídicas que carecem do instituto da acusação particular.

¹¹⁷ E antes, a STC (1ª) 83/1989, de 10 de maio, em referência ao artigo 24.1 da CE, indicava que este preceito constitucional “reconhece certamente o direito de ação, e em concreto a ação penal, porém não garante o êxito da pretensão punitiva de quem exercita a acusação, nem obriga o Estado, titular do *ius puniendi* a impor sanções penais independente de que concorra ou não em cada caso alguma causa de extinção da responsabilidade”.

¹¹⁸ SSTC 157/1990; 41/1997.

¹¹⁹ Ao contrário do que parece entender FLETCHER, *Lewis and Clark Law Review*, 2005, p. 549. Questão à parte é se cabe falar de inocente presumido, em relação ao imputado, e de vítima presumida, em relação a quem exercita a ação. Ainda que seja certo que ambas as presunções parecem operar em sentido contrário, não é seguro que resultem incompatíveis. Em todo caso, é óbvio que quem não fora uma “vítima presumida” não poderia ter direito de ação.

¹²⁰ O que reconhece FLETCHER, *Op. cit.*, p. 549.

¹²¹ A partir da perspectiva da presunção de inocência, KRAUSS, Detlef. “Täter und Opfer im Rechtsstaat”, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 269 e ss., 271.

A “vítima presumida”, a quem se concede um direito de ação, obviamente tem interesse em que se dirija um juízo de reprovação ao autor e inclusive que, se constatado um injusto culpável, assim como os demais pressupostos da imposição de pena, ocorra a punição. O objeto do seu direito é, pois, que se apliquem as normas legais que regulam o exercício do *ius puniendi* pelo Estado. Por isso tem também um direito de recorrer e inclusive a exercitar uma ação pela possível comissão de um delito de prevaricação. Mas esse direito “a que se apliquem as leis” não é equiparável a um direito material a punição que se situaria por cima de tais leis.

A teoria do direito penal orientada à vítima não é retributiva¹²² ou preventiva, pelo menos não no modo clássico. Portanto, pode ser denominada restaurativa, equilibrante ou igualadora. Não centra sua atenção no passado nem no futuro, mas sim no presente. O juízo e a condenação pretendem pôr fim à situação de domínio, humilhação ou subordinação da vítima, restabelecendo sua posição originária. Que fique claro: isso significa que a teoria do direito penal orientada à vítima se centra na neutralização do dano imaterial, permanente, que segue causando sofrimento à vítima como consequência do delito. Algo que implica, por sua vez, que o núcleo de dita teoria deveria vir constituído por respostas expressivo-simbólicas (imateriais): declaração de culpabilidade e condenação¹²³. A inflição adicional de uma “dor penal” ao autor somente se justificaria quando, ademais, existirem razões preventivas para fazê-lo (em especial, de garantia cognitiva). Com efeito, a imposição e execução de uma pena desconectada de tais razões, e justificada por necessidades da vítima, não seria senão vingança institucionalizada sob um manto de suposta racionalidade.

Referências Bibliográficas

- AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*. Tradução de Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- AMELUNG, “Knut. Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation”. In: ARNOLD, Jörg (Hrsg.) *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2005. pp. 03-24.
- APONTE, Alejandro. “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Org.). *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005. pp. 83-116.
- ARNOLD, Jörg; SILVERMAN, Emily. “Regime Change, State Crime and Transitional Justice: A Criminal Law Retrospective Concentrating on Former Eastern bloc Countries”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Deventer, v. 6, n. 2, pp. 140-158. 1998.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: Normen und Strafgesetze*, 4. ed. Leipzig: [s.n.], 1922. v. I.
- BLÜMMEL, Regina. *Der Opferspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- BOLLINGER, Clemens. “SED-Unrecht darf nicht verjähren”. *Deutsche Richterzeitung*, [s.l.], p. 73-73v. 1992.
- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

¹²² Cf. MOORE, Michael. “Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, pp. 65 e ss. MOORE entende que um sistema no qual corresponda à vítima decidir se deve ser punido o autor e quanto (*victim's turn*) não é senão uma institucionalização da vingança. Acrescenta que as vítimas devem ser ignoradas em uma teoria retributiva, pois já foram tidas em conta no momento de configurar a norma.

¹²³ Por muitos, ultimamente, CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 13.

- CAMPAGNA, Norbert. "Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, v. 89, pp. 171-185. 2003.
- . *Strafrecht und unbestrafte Straftaten: philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*. Stuttgart: Steiner, 2007.
- CHOLLET, Mona. "Reconnaissance ou sacralisation? Arrière-pensées des discours sur la 'victimisation'". *Le Monde diplomatique*, set. 2007. pp. 24-25.
- CROCKER, David A.. "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation". *Buffalo Criminal Law Review*. Buffalo, v. 5, n. 2, pp. 509-549. 2002.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. "Los derechos fundamentales a la protección penal". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 26, n. 78, pp. 333-372. 2006.
- FLETCHER, George. "Justice and Fairness in The Protection of Crime Victims". *Lewis and Clark Law Review, Portland*, v. 9, n. 3, p. 547-557. 2005. Disponível em: <<http://law.lclark.edu/live/files/9685-fletcherpdf>>.
- . "The Place of Victims in the Theory of Retribution". *Buffalo Criminal Law Review*. Buffalo, v. 3, n. 1, pp. 51-63. 1999/2000.
- GARGARELLA, Roberto. "Cultivar la virtud. La teoría republicana de la pena y la justicia penal internacional". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 9, n. 16, pp. 99-112. 2003.
- GÜNTHER, Klaus. "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", In: PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002. pp. 205-220.
- HASSEMER, Winfried; REEMTSMA, Jan Philipp. *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*. München: Beck, 2002.
- HILLENKAMP, Thomas. "Offene oder verdeckte Amnestie – über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung", *Humboldt Forum Recht*. Berlin, v. 2, pp. 54-65. 1997. (Disponível em: <<http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=57>>)
- HÖRNLE, Tatjana. "Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht". *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 61, n. 19, pp. 950-958. 2006.
- JÄGER, Herbert. "Strafrecht und nationalesozialistische Gewaltverbrechen". *Kritische Justiz*. Baden-Baden, v. 1, n. 2, pp. 143-157. 1968.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*. Paris: Seuil, 1986.
- JEROUSCHECK, Günter. "Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive". *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 55, n. 04, pp. 185-194. 2000.
- KRAUSS, Detlef. "Täter und Opfer im Rechtsstaat". In: PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002. pp. 269-278.
- LÜDERSSEN, Klaus. "Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?". In: PRITTWITZ, Cornelius; MANOLEDAKIS, Ioannis (Hrsg.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000. pp. 63-74.
- . "Opfer im Zwielflicht". In: KÜPPER, Georg; WEIGEND, Thomas (Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlin: Walter De Gruyter, 1999. pp. 879-896.
- MAGGIORE, Giuseppe. "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario". *Rivista italiana di diritto penale*, Padova, v. XI, pp. 140-161. 1939.
- MALAMUD GOTI, Jaime. "Emma Zunz, Punishment and Sentiments". *Quinnipiac Law Review*. Handem, v. 22, n. 1, p. 45-58. 2003/2004, Disponível em: <[http://www.quinnipiac.edu/prebuilt/pdf/SchoolLaw/LawReviewLibrary/10_22QLR45\(2003-2004\).pdf](http://www.quinnipiac.edu/prebuilt/pdf/SchoolLaw/LawReviewLibrary/10_22QLR45(2003-2004).pdf)>.
- . "What's Good and Bad About Blame and Victims". *Lewis and Clark Law Review*. Portland, v. 9, n. 3, pp. 629-646. 2005. (Disponível em: <<http://law.lclark.edu/live/files/9687-gotipdf>>)
- MOORE, Michael. "Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher". *Buffalo Criminal Law Review*, Buffalo, v. 3, n. 1, pp. 65-89. 1999/2000.
- NAUCKE, Wolfgang. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1996.
- . "Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität". In: SCHULZ, Joachim; VORMBAUM, Thomas (Hrsg.). *Festschrift für Günter Benmann*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997. pp. 75-85.
- NINO, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- . "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina". *Yale Law Journal*. New Haven, v. 100, n. 8, pp. 2619-2640. 1990-1991. (Há tradução para o espanhol realizada pelo Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. "El Deber de Castigar los Abusos Cometidos en el Pasado Contra los Derechos Humanos Puesto en Contexto: El Caso de Argentina". In:

- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia, 2005. Disponível em <<http://www.cdh.uchile.cl>>
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”. *Ius et Pax*. Talca, v. 12, n. 2, pp. 363-384. 2006. (Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200013>>)
- OTERO, Juan Manuel. “Hacia la internacionalización de la política criminal ¿castigo o impunidad?”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 9, n. 16, pp. 113-136. 2003.
- PASTOR, Daniel Roberto. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.
- . ¿Verdad, historia y memoria a través de la justicia penal? [manuscrito] [s.l.:s.n.], 2007. 35 p.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Amnistía, constitución y justicia material”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 21, n. 61, pp. 187-206. 2001.
- PRITTWITZ, Cornelius. “The Resurrection of the Victim in Penal Theory”, *Buffalo Criminal Law Review*, Buffalo, v. 3, n. 1, pp. 109-129. 1999/2000.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*. Barcelona: Atelier, 2004.
- REEMTSMA, Jan Philipp. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*. München: Beck, 1999.
- ; HASSEMER, Winfried. *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*. München: Beck, 2002.
- ROBINSON, Paul; CAHILL, Michael. *Law without Justice: why criminal law doesn't give people what they deserve*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo. “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la Nación argentina”. In: ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López (Org.). *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. I. pp. 811-826.
- SCHMITT, Carl. “Nationalsozialismus und Rechtsstaat”. *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, v. 63, p. 713-718. 1934.
- SEELMANN, Kurt. “Ebenen der Zurechnung bei Hegel”. In: KAUFMANN, Matthias; RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.). *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. pp. 85-92.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2. ed. Montevideo: B de F, 2006. (Há tradução da terceira edição para o português, de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. *A expansão do direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013)
- STAFF, Ilse. “Zur Problematik staatsverstärkter Kriminalität”. In: BRUNKHORST, Hauke; NIESEN, Peter (Hrsg.). *Das Recht der Republik: Ingeborg Maus zum 60. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. pp. 232-267.
- TUROW, Scott. “¿Culpable hasta la eternidad?”. *El Mundo*, Madrid, 16 abr. 2007. (Existe versão eletrônica do artigo disponível em: <<http://www.almendron.com/tribuna/culpable-hasta-la-eternidad/>>)
- VIÑUALES, Jorge E. “Impunity: elements for an empirical concept”. *Law and Inequality*. Minneapolis, v. 25, 01, pp. 115-145. 2007.
- VON BAR, Carl Ludwig. *Handbuch des deutschen Strafrechts. Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. Aalen: Scientia-Verlag, 1992. v. I.
- VORMBAUM, Thomas. “Mord sollte wieder verjähren”. In: VORMBAUM, Thomas; SCHULZ, Joachim (Hrsg.). *Festschrift für Günter Bemann*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997. pp. 75-85.