

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXVI

2025

NÚMERO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXVI (2025) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
Gertrude Lübke-Wolff (Professora da Universidade de Bielefeld)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Kai Ambos (Professor da Universidade de Gotinga)
Luís Greco (Professor da Universidade Humboldt de Berlim)
Massimo La Torre (Professor da Universidade de Catanzaro)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Paul Kahn (Professor da Universidade de Yale)
Pierre Brunet (Professor da Universidade de Paris I - Panthéon Sorbonne)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

Luís Pereira Coutinho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Cláudia Madaleno
Francisco Rodrigues Rocha
Marco Caldeira
Raquel Franco Moniz
Rui Soares Pereira

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2025

-
- Luís Pereira Coutinho**
9-11 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Lars Vinx**
15-46 Radbruch's Legal Philosophy: From the Cultural Concept of Law to the Radbruch-Formula
A Filosofia do Direito de Gustav Radbruch: Do conceito cultural de direito à fórmula de Radbruch

-
- Luís Greco**
47-64 Identidade, autenticidade e culpabilidade – reflexões por ocasião dos novos processos contra “velhos nazistas”
Identity, Authenticity and Guilt – Reflections on the New Processes against “Old Nazis”

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Catarina Almeida Coelho**
67-119 A redução da pena convencional em caso de atraso na execução da obra em contratos de construção internacionais. Análise de Direito Internacional Privado e de Direito Comparado dos ordenamentos jurídicos inglês, espanhol e português
Delay Damages Clause Reduction on International Construction Contracts. Analysis Of Private International Law and Comparative Law of the English, Spanish and Portuguese Legal Systems

-
- Daniel Bessa de Melo**
121-135 Do depósito do preço na ação de execução específica de contrato-promessa
On the Deposit of the Purchase Price in a Claim for the Performance of a Preliminary Contract

-
- Herbert Küpper**
137-197 The Effect of War on a Legal System – the Russian Example
O efeito da guerra numa ordem jurídica – o exemplo da Rússia

-
- Manuel Barreto Gaspar**
199-240 As idiossincrasias jus-administrativas do Estado Novo português e do Estado fascista italiano: Breve jornada pela evolução histórica do Direito Administrativo e pelo pensamento jurídico marcellista – Parte II
The Legal-Administrative Idiosyncrasies of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista Juridical Thought – Part II

-
- Pedro Gil Martins**
241-287 Os acordos informais da Administração Pública: a problemática da legalidade e vinculatividade
The Informal Agreements of the Public Administration: The Problems Concerning Their Legality and Bindingness

-
- Pedro Madeira de Brito**
289-335 Revisitando o conceito de subordinação jurídica à luz do trabalho em plataformas digitais e da presunção de laboralidade do artigo 12.º-A
Rethinking the Concept of Legal Subordination in Light of Work on Digital Platforms and the Presumption of Employment of Article 12-A

CONFERÊNCIAS E COLÓQUIOS

-
- Ana Rita Gil**
339 Conferência “Regulating Human Rights & Business”

-
- Jernej Letnar Čerňič**
341-357 The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and its Contours
Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos e seus contornos

-
- Ana Rita Gil | Thaís Leonel Magalhães**
359-381 The OECD’s Blueprint for Multinational Responsibility: Historical and Contemporary Perspectives
O plano da OCDE para a responsabilidade das empresas multinacionais: perspectivas históricas e contemporâneas

-
- Ricardo Fernandes**
383-402 The Road to Mandatory Due Diligence: Tracing the EU Directive’s Legislative Journey
O caminho para a obrigatoriedade do dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade: traçando o percurso legislativo da diretiva da UE

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Cláudia Madaleno**
405-423 Ainda o arrendamento *versus* hipoteca. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2025
Yet Again on House Rental vs. Mortgage. Comment to the Decision of the Supreme Court of Justice of 25 February 2025

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

Gonçalo Sampaio e Mello

427-466 Presença de vultos históricos no acervo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Presence of Historical Figures in the Faculty of Law of the University of Lisbon's Collection

José Luís Bonifácio Ramos

467-475 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Cláudia Alves Trindade, *A Livre Convicção do Juiz e a Fundamentação da Decisão sobre Matéria de Facto no Processo Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 21 de Novembro de 2024

Argument presented on occasion of the doctoral examinations of Cláudia Alves Trindade on the thesis The Free Conviction of the Judge and the Basis of the Decision on Matters of Fact in Civil Procedure Law, Faculty of Law, University of Lisbon, November, 21, 2024

LIVROS & ARTIGOS

José Maria Cortes

479-488 Recensão a *Das lacunas da lei, no Direito português: maxime, do disposto no art. 203.º da CRP* de João Pedro Charters de Azevedo Marchante

Review of the Work Das lacunas da lei, no Direito português: maxime, do disposto no art. 203.º da CRP, by João Pedro Charters de Azevedo Marchante

Identidade, autenticidade e culpabilidade – reflexões por ocasião dos novos processos contra “velhos nazistas”

Identity, Authenticity and Guilt – Reflections on the New Processes against “Old Nazis”

Luís Greco^{*|**}

Resumo: Os recentes processos movidos na Alemanha contra suspeitos de cometer delitos na época do nacional-socialismo sugere uma reflexão sobre a medida em que se pode admitir terem sido os mesmos cometidos pela mesma pessoa que hoje, 70 anos depois, é chamada a responder em juízo.

Palavras-chave: identidade pessoal; culpa; culpabilidade; princípio da personalidade da pena.

Abstract: The recent criminal proceedings brought in Germany against individuals suspected of having committed crimes during the National Socialist era raise questions about the extent to which these acts can still be attributed to the same person now standing trial, seventy years later.

Keywords: personal identity; guilt; culpability; principle of the personal nature of punishment.

Sumário: I. Introdução; II. O plano jurídico-positivo; 1. Prescrição?; 2. Dosimetria da pena?; 3. Oportunidade?; III. O plano teórico-penal; IV. O plano ontológico-metafísico; V. Um argumento jurídico; 1. A condenação como confirmação de identidade; 2. Da identidade à autenticidade; 3. Limites desse direito; 4. Os “velhos nazistas”; 5. Três objeções; VI. Excurso: Os jovens assassinos e a imprescritibilidade; VII. Conclusão.

* Professor Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Humboldt-Universität zu Berlin.

** Este estudo é uma versão (ligeiramente modificada) traduzida ao português do texto “Identität, Authentizität und Schuld – Reflexionen anlässlich der jüngsten Prozesse gegen ‘alte Nazis’”, publicado originalmente em alemão na coletânea de artigos em homenagem aos 70 anos de Reinhard Merkel (Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (coords.), Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 443–458). A tradução orienta-se pela terminologia brasileira, mais familiar tanto para o autor, quanto para o tradutor; isso significa, principalmente, que o termo alemão Schuld é, no que segue, traduzido por culpabilidade, e não por culpa.

Tradução: Matias Falcone.

I. Introdução ***

As presentes reflexões têm por um objeto um problema ao mesmo tempo jurídico-penal e filosófico: a identidade pessoal, bem descrita por Merkel como o “problema fundamental não descoberto da dogmática do direito penal”.¹ Concretamente: partindo do pressuposto de que não devemos punir alguém por culpabilidade alheia, como podemos ter certeza de que a pessoa que punimos é (ou *ainda é*) a mesma que originariamente se fez culpada? A ocasião que suscita tal reflexão são os mais recentes e (talvez últimos) processos penais contra criminosos nazistas. Tomemos o exemplo de Oskar Gröning:² aos 93 anos, em 2014, foi acusado por crimes que cometeu em 1942, quando tinha 21 anos. A sua condenação pelo Tribunal Regional de Lüneburg, em 2015, recaiu sobre um homem de 94 anos; por crimes cometidos há mais de 70 anos. O réu faleceu em 2018, aos 96 anos, antes de cumprir sua pena.³ O caso Demjanjuk é similar: após décadas de tentativas “mais ou menos bem-sucedidas” de responsabilizá-lo criminalmente, o Tribunal Regional II de Munique condenou-o aos seus 91 anos, em 2011, por crimes de 1943.⁴ Ele faleceu pouco depois de interpor um recurso contra a sentença.⁵

*** Nota do editor: O texto segue a norma brasileira, sendo prática da RFDUL publicar textos à mesma conformes quando se trata de autor ou tradutor brasileiro.

¹ *Merkel*, JZ 1999, p. 502, com o título: “Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik.”

² A respeito, apenas: BVerfG NJW 2018, p. 289; BGHSt 61, p. 252.

N.T. (Nota do tradutor): O Bundesverfassungsgericht (BVerfG) corresponde, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal (STF), e o Bundesgerichtshof (BGH), ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em Portugal, os equivalentes são, respectivamente, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça.

³ A propósito, ver: Spiegel-Online de 12.03.2018: “Früherer SS-Mann Oskar Gröning ist tot”, disponível em: www.spiegel.de/panorama/justiz/ehemaliger-ss-mann-groening-der-buchhalter-von-auschwitz-ist-tot-a-1197736.html. Por último, mencione-se o caso Boere, em que o réu foi acusado por crimes que teria cometido em 1944. Ele interpôs uma reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) contra a decisão de abertura do processo em 2009, alegando violação do Art. 2 I 1 da Constituição alemã (Grundgesetz), reclamação que não foi conhecida pelo BVerfG, cf. BVerfG 2 BvR 1724/09, BeckRS 2009, 39528; sobre isso, ver *Beck*, HRRS 2010, p. 156 (p. 164 e ss.). Atual e digno de nota é também a acusação contra Bruno D. perante o Tribunal Regional de Hamburgo. Ele tinha 19 anos à época dos fatos; hoje tem 93.

⁴ LG München II, julgamento de 12.5.2011 - 1 Ks 15 Js 12496/08, BeckRS 2011, 139286. Para um panorama sobre o tema: *Benz*, Der Henkersknecht. Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München, 2011; *Wefing*, Der Fall Demjanjuk. Der letzte große NS-Prozess, 2011. Ver também: BVerfG, NVwZ 2009, p. 1156; BVerfG, 2 BvR 2331/09, BeckRS 2009, 42026; 2 BvR 2332/09, BeckRS 2009, 39843.

⁵ Ver a matéria do jornal Spiegel-Online de 17.03.2012: “John Demjanjuk ist tot”, disponível em: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/ns-kriegsverbrecher-john-demjanjuk-ist-tot-a-821950.html>.

Corresponde ao espírito do nosso tempo celebrar essas condenações como vitórias tardias, mas há muito esperadas, do Estado de Direito e dos direitos humanos.⁶ Mas tal constatação não prejudica o nosso exame. Dificuldades dogmáticas, sobretudo quanto à punibilidade da participação,⁷ também serão aqui deixadas de lado. O meu foco agora será uma pergunta mais fundamental, raramente formulada: se, diante de fatos tão antigos, ainda podemos afirmar que há identidade entre quem cometeu o crime e quem, anos depois, responde por ele; se ainda trata-se da mesma pessoa.⁸ A relevância desse ponto de vista é insinuada com frequência, sobretudo em conexão a outros problemas,⁹ mas – com exceção dos trabalhos de Silva Sánchez, Kawaguchi e uma primeira monografia de Erhardt¹⁰ –, raramente é objeto de uma investigação própria.

Este estudo seguirá um percurso pouco ortodoxo, não dogmático. Como uma cadência: começamos do alto, com argumentos jurídico-positivos (prescrição e dosimetria da pena, *infra* II), passando depois a argumentos pré-positivos (sobretudo teorias da pena, *infra* III). Em seguida, adentramos à ontologia e metafísica (onde a questão da identidade pessoal se coloca, *infra* IV), para enfim retornarmos ao plano jurídico (*infra*, V). Ao final, há um breve excursus sobre o problema da imprescritibilidade (*infra*, VI).

⁶ Por exemplo, *Safferling*, JZ 2017, p. 258: “é um caso paradigmático, qualquer outra decisão seria um escândalo político”.

⁷ Nesse sentido, apenas: *Leite*, in: Stam/Werkmeister (coord.), *Der allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, 2019, p. 53 e ss.

⁸ *Beck*, HRRS 2010, p. 160 aproxima-se da questão, sem, no entanto, colocá-la explicitamente: “Por outro lado, não é injustificado discutir até que ponto é justo levar a julgamento um homem de idade tão avançada, com base nas provas disponíveis.” No caso Boere (ver n. 5), o BVerfG não viu nenhuma razão para suscitá-la.

⁹ Sobre a prescrição: *Vormbaum*, FS Bemann, 1997, p. 481 e ss. (p. 498 e ss.); *Jakobs*, AT, 2. ed., 1991, § 10, n. 2; *Hörnle*, FS Beulke, 2015, p. 115 e ss. (p. 122); e antes deles já *Lourié*, em um trabalho publicado em 1914, ao qual *Asholt*, *Verjährung im Strafrecht*, 2016, p. 127, faz referência, listando outras opiniões semelhantes (p. 127 e ss.); referências à literatura não-alemã em *Ragués i Valles*, em: García Caverro/Chinguel Rivera (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje a Silva Sánchez* (= FS Silva Sánchez), Lima, 2019, p. 61 e ss. (p. 69, n. 15); sobre a passagem do tempo em geral, *Tomiač*, HRRS 2018, p. 18 (p. 23); como justificativa de uma responsabilidade objetiva, *Honoré*, in: *Responsibility and Fault*, Oxford/Portland, 1999, p. 14 e ss. (p. 29); como restrição ao direito penal, *Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, 2015, p. 95 e ss. Possivelmente, a discussão sobre uma *culpabilidade de caráter* (Charakterschuld) se aproxima do problema da identidade (bem evidente na contribuição de *Androulakis* sobre “‘Zurechnung’, Schuldbemessung und personale Identität”, ZStW 82 [1970], p. 492 [p. 515 e ss.], e *Dan-Cohen* sobre “Responsibility and the Boundaries of the Self”, *Harvard Law Review* 105 [1992], p. 959).

¹⁰ *Kawaguchi*, FS Eser, 2005, p. 139 ss.; *Silva Sánchez*, FS Puppe, 2011, p. 989 ss.; *Erhardt*, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014.

Já antecipo a resposta que será encontrada no último plano da discussão: a condenação por crimes de um passado distante não recai necessariamente sobre uma pessoa diferente daquela que se fez culpada. Mas ainda assim é uma condenação ilegítima. Essa condenação, ao *afirmar implicitamente que a identidade foi mantida, ou que se trata da mesma pessoa*, fixa o condenado a uma identidade rígida no tempo, ao mesmo tempo que lhe nega *a possibilidade de distanciar-se do próprio passado, de reinventar-se, de mudar o rumo da vida e de afastar, ex post, a culpabilidade de si mesmo*. E, já *ex ante*, ao qualificar tais crimes como “imprescritíveis”, nega também *qualquer esperança quanto a tal possibilidade*. No fim, o Estado desapropria o cidadão do direito de escrever a sua própria biografia e invade o terreno do que chamamos de *autodeterminação* ou *autenticidade*.¹¹

II. O plano jurídico-positivo

Talvez a *lex lata*¹² já disponha dos meios para resolvermos o nosso problema.

1. Prescrição?

A prescrição é o instituto jurídico cujo sentido primordial é levar em conta o transcurso de tempo entre o delito e a sanção.¹³ Mas, face ao nosso grande problema, ela mostra-se praticamente insensível. O homicídio qualificado (Mord)¹⁴ é imprescritível na Alemanha (§ 78 II StGB). E, apesar da declarada disposição jurisprudencial de interpretar o *Mord* de forma restritiva,¹⁵ o tipo penal continua a ser amplamente aplicado.¹⁶ Quando o autor do homicídio é um oficial nazista, a

¹¹ Espera-se que essa palavra rica em conotações não cause mal-entendidos. Autenticidade, aqui, significa apenas a qualidade de ser autor – seja lá o que isso signifique – da própria vida. Se a vida fosse uma realização de tipo penal, autenticidade significaria o mesmo que autoria nos termos do § 25 StGB. Com esse emprego da palavra, não se quer dizer, em especial, que deva haver alguma correspondência com o sistema de valores de um sujeito (como o faz, por exemplo *Schroth*, MedR 2012, p. 571 e ss., no contexto do § 228 StGB, a cláusula dos bons costumes como limite ao consentimento em lesões corporais).

¹² N.T.: A “*lex lata*” a que o autor se refere é a lei alemã, especialmente o Código Penal alemão (StGB – Strafgesetzbuch).

¹³ Sobre isso, de forma abrangente, *Asbolt* (n. 11).

¹⁴ N.T.: Como a doutrina majoritária alemã ainda interpreta o Mord (§ 211 StGB) como uma forma qualificada de homicídio (nesse sentido, entre outros: *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. ed., 2019, Vor §§ 211 e ss. nm. 5), usaremos “homicídio qualificado” para fins de tradução.

¹⁵ BVerfGE 45, p. 187 (p. 221 e ss.).

¹⁶ Não só por isso, multiplicam-se as vozes que interpretam o Mord como tipo-base, como *Müssig*, Mord und Totschlag, 2005, pp. 4 e 251; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, p. 368 e ss.; *Peralta*, FS Roxin II, 2011, p. 257 e ss. (p. 263).

regra é a classificação como homicídio qualificado: o racismo inerente aos atos nazistas é uma motivação particularmente abjeta do ponto de vista ético-social,¹⁷ nos termos da qualificadora do § 211 II StGB (“motivo abjeto”).¹⁸ Podemos pensar também na “intenção de destruição” como elemento subjetivo específico do genocídio (§ 6 VStGB), que igualmente é imprescritível (§ 5 VStGB).

A prescrição tampouco chega ao cerne da nossa dúvida, qual seja, se podemos justificar a pena também em face do indivíduo que punimos em tais casos. A prescrição torna as coisas “objetivas” demais. Ela recorre à pacificação social,¹⁹ à segurança jurídica²⁰ ou à disciplina da atuação dos órgãos de persecução penal²¹ para responder se ainda devemos punir. São os três “pontos de vista” da prescrição segundo BGHSt 51 (pp. 72 e 78, nm. 22): “A função da prescrição é servir à paz jurídica e, assim, à segurança jurídica e combater a inatividade das autoridades em cada fase do processo”. Não raro o tribunal traz também o risco da perda de provas como uma das razões de ser da prescrição.²² Noutras palavras: a prescrição significa que temos coisas mais importantes a fazer do que punir (paz jurídica). Significa que a pena não deveria causar danos ao apenado, isto é, a nós mesmos (segurança jurídica). Significa que precisamos dar incentivos aos órgãos de persecução penal em prol da celeridade (disciplina). E significa que a pena, às vezes, pode ser desproporcional ao fato (perda de provas). Em suma: uma pena tardia não nos traz nada, ela é inútil sob o ângulo consequencialista. Mas a nossa pergunta aqui é outra. Queremos saber se a pena, mesmo depois de tanto tempo, ainda pode ser justificada em face do apenado em casos dessa natureza. Talvez ele não esteja mais respondendo por atos próprios, mas alheios.

¹⁷ Sobre essa definição, BGHSt 3, p. 133; 3, p. 180 (p. 182); sobre racismo como “motivo abjeto”, BGHSt 18, p. 37 (p. 39); sobre xenofobia como “motivo abjeto”, BGHSt 47, p. 128 (p. 130).

¹⁸ N.T.: “Niedriger Beweggrund”, o “motivo abjeto”, aproxima-se do “motivo torpe” previsto nas legislações brasileira e portuguesa (art. 121, § 2.º, inc. I, do Código Penal brasileiro, e artigo 132.º, n.º 2, alínea e, do Código Penal português). Mas no Código Penal português há uma circunstância qualificativa do homicídio mais específica e apropriada ao caso nazista: “Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima” (alínea h do dispositivo supracitado).

¹⁹ BGHSt 11, p. 393 (p. 396); BGHSt 12, p. 335 (p. 337 e ss.). Sobre segurança jurídica como base para a prescrição *Asholt* (n. 11), p. 105 e ss.

²⁰ BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 195 nm. 34).

²¹ BGHSt 11, p. 393 (p. 396); BGHSt 12, p. 335 (p. 337 e ss.); BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 195 nm. 34).

²² Ver a referência às motivações nos livros de direito penal prussianos do século XIX em *Vormbaum*, FS Bemann, p. 482 e ss.; também *Asholt* (n. 11), p. 92 e ss.

2. Dosimetria da pena?

A dosimetria da pena também pode levar em conta a passagem de tempo entre o crime e a punição. Poderíamos pensar, por exemplo, em penas mais leves para crimes mais antigos.²³ Uma justificativa de feição consequencialista, similar à da prescrição, seria a de que a crescente necessidade de segurança jurídica e paz social não deve ser abalada por uma punição tardia. Poderíamos pensar ainda em um argumento mais teórico de função da pena, como uma “necessidade decrescente de expiação”,²⁴ um indício de que não temos razões de prevenção geral para punir. Ou, como alternativa, considerar o tempo transcorrido para um exame mais rigoroso na análise dos “efeitos da pena sobre o infrator”.²⁵ A fundamentação jurisprudencial dessa alternativa é de feição consequencialista e preventivo-especial e, ao mesmo tempo, deontológico-retributivista: “o crime revelou-se no decurso do tempo um ato isolado do infrator, que desde então conduziu sua vida de maneira irrepreensível, e a vítima superou as consequências do crime.”²⁶ Ainda poderíamos considerar a idade avançada²⁷ ou a curta expectativa de vida do réu²⁸ na dosimetria.

²³ Nesse sentido BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 193 e ss. nm. 30); BGH NStZ 2010, p. 445 (p. 448 nm. 20).

²⁴ BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 194 nm. 30).

²⁵ BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 194 nm. 30).

N.T.: Na Alemanha, a dosimetria da pena orienta-se tanto pela culpabilidade do autor quanto pelos efeitos que a sanção produzirá sobre sua vida futura em sociedade (§ 46 StGB).

²⁶ BGHSt (GrS) 62, p. 184 (p. 194 nm. 30).

²⁷ Quanto a isso BGH NJW 2006, p. 2129, com comentário de *Streng*, JR 2007, p. 271.

²⁸ Ver a respeito: BGH NStZ 1991, p. 527; NStZ 2018, p. 331; ver também *Streng*, JR 2007, p. 271 (p. 273 e ss.) no sentido de uma solução de execução da pena (Vollstreckungslösung).

N.T.: A “solução de execução da pena” a que o autor se refere é a adotada pela jurisprudência alemã em casos de violação ao princípio do Estado de Direito no processo penal (*fair trial*), como o uso de agente provocador contra insuspeito ou a duração excessiva do processo. “(...) quando há atraso processual incompatível com o Estado de Direito, uma parte determinada da pena aplicada é considerada como já cumprida, a título de compensação pela duração excessiva do processo” (OLG Hamm, Beschl. v. 11.2.2021 – 4 RBs 13/21, ZfS 2021, p. 229, seguindo o precedente do BGHSt 51, p. 124 e ss.). Embora essa seja a posição dominante na jurisprudência, a literatura alemã ainda diverge sobre o tema. *Roxin/Schünemann* distinguem outras quatro soluções alternativas à “solução de execução da pena”, entre elas uma solução na dosimetria da pena e algo como um impedimento processual, a exemplo da prescrição (para um resumo da discussão e referências na literatura alemã, Strafverfahrensrecht, 30. ed., 2022, p. 80, § 12 nm. 8; p. 102, § 16 nm. 8 e ss.). No Brasil, autores como *Lopes Junior* defendem que, em casos de demora excessiva, “a melhor solução é a extinção do feito” (Direito ao processo penal no prazo razoável, RBCCRIM 65 – 2007, p. 240). Mas tenho minhas dúvidas sobre essa solução extrema. A culpabilidade do autor *não* é afetada ou diminuída pela demora processual – ela precede o processo.

Não posso examinar aqui cada uma dessas teses. Todas, no entanto, assumem que a pena pode ser justificada em face do apenado, nos termos do nosso problema. Pois sem uma resposta afirmativa à pergunta inicial, sequer podemos falar em condenação, tampouco em dosimetria. E é exatamente esse o ponto ignorado pelos argumentos que se prendem ao *quantum* da pena.

3. Oportunidade?

Não há muito que o direito material possa nos oferecer além dos dois institutos jurídicos que vimos. Poderíamos nos voltar então ao direito processual. Nosso ponto de apoio aqui são os §§ 153 e ss. da StPO.²⁹ Por mais de uma razão, contudo, sairemos também daqui frustrados. Primeiro, tais dispositivos legais raramente se aplicam a crimes graves a ponto de serem imprescritíveis (aos crimes em sentido técnico, os *Verbrechen*, ou quando há interesse público na persecução penal, entre outras hipóteses). Isso é diferente nos §§ 153c e 153f do StPO,³⁰ relativos aos crimes cometidos no exterior. Mas essas normas se referem a um problema de ordem espacial, e o fator temporal tem papel secundário. Além disso, o caráter discricionário destas regras do StPO mostra que o problema não é levado a sério: os órgãos de persecução penal decidem livremente se darão início ou não ao processo, o que já pressupõe uma resposta afirmativa à pergunta inicial: a de que a pena seria justificável em relação ao acusado.

III. O plano teórico-penal

1. Nosso problema transcende ao direito positivo. Talvez seja possível encontrar uma solução em um plano filosófico-penal, a partir de considerações sobre a função da pena nos casos dos “velhos nazistas”. A ideia já aparece em decisões do BGH mencionadas no item III.2, sobre dosimetria da pena, segundo as quais a punição perderia o sentido em casos dessa natureza.

²⁹ N.T.: “StPO” é a sigla para Strafprozessordnung, o Código de Processo Penal alemão. O § 153 StPO permite ao Ministério Público renunciar à persecução penal em casos de delitos em sentido técnico (Vergehen), quando a culpabilidade for leve e faltar interesse público à ação penal.

³⁰ N.T.: O § 153c StPO, por sua vez, permite ao Ministério Público renunciar à persecução penal, por exemplo, em casos de crimes cometidos no exterior ou, no território nacional alemão, a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras. Já o § 153f I StPO permite a renúncia da persecução de certos crimes de direito penal internacional quando o acusado não estiver presente na Alemanha e tampouco houver expectativa de que venha a estar.

2. Vejamos o problema primeiro sob a perspectiva das *teorias preventivas da pena*.

a) Uma série de questões críticas vem à tona. Que efeito dissuasório teria uma pena que só chega 70 anos depois do crime? E pode a pena ter um efeito preventivo geral positivo, se as testemunhas contemporâneas à violação da lei já estão quase todas mortas? O autor de um crime que viveu 50 anos sem reincidir na prática delitiva precisa ser ressocializado, ou nós precisamos nos proteger contra ele? As teorias preventivas da pena, que a justificam pelo propósito que serve, parecem questionar o sentido de punir crimes de um passado distante.

b) Seria apressado tentar extrair certezas dessa teia de suposições – e isso por duas razões. Primeiro, as perguntas formuladas acima são só perguntas, e não respostas. As respostas, por sua vez, têm ao menos em parte natureza empírica e não podem ser produzidas do conforto da escrivaninha. Da escrivaninha podemos formular hipóteses igualmente plausíveis, mas que vão no sentido oposto, pró-punição.³¹ Poderíamos assumir a perspectiva da teoria da dissuasão e ressaltar os efeitos preventivos de que, aconteça o que acontecer (ou demore o que demorar), o infrator sabe que nunca irá escapar da punição³² – uma variante temporal da máxima espacial do “No-Safe-Haven” do direito penal internacional.³³ Um defensor da teoria de prevenção geral positiva, por sua vez, poderia argumentar ser justamente a nossa insistência em processar certos crimes que reafirma a vigência da norma na consciência do povo. A passagem do tempo é, sob esse ângulo, ambivalente: ela pode, mas não deve necessariamente ser oposta à punição de crimes antigos, já que pode servir para demonstrarmos como certas normas nos são especialmente preciosas. Nessa segunda hipótese, o espetáculo sensacionalista de um nonagenário à beira da morte caminhando ao tribunal sob os flashes da imprensa perde seu tom fúnebre e ganha ares de festa. Não é uma punição *apesar* do absurdo, mas *por causa* dele. É no credo “quia absurdum” que se reconhece o crente.

E o ângulo da prevenção especial mantém sua relevância na medida em que permite avaliarmos se subsiste a necessidade de ressocialização ou a periculosidade, ou seja, se o autor envelhecido superou mesmo as inclinações criminosas dos tempos idos, ou se fomos nós que falhamos em observar com o devido cuidado.

³¹ Ver também Hörnle, FS Beulke, p. 119 e ss.

³² Ragués i Valles, FS Silva Sánchez, p. 69, que se lembra que Feuerbach se opôs à prescrição por razões referidas à teoria da pena (para a referência, ver acima Asholt [n. 11], p. 20).

³³ Com isso, frequentemente se justifica o princípio da “jurisdição universal” (Weltrechtsprinzip). Ver Eser, FS Trechsel, 2002, p. 219 e ss. (p. 234).

Qual lado está certo é uma questão empírica – isso desde que o ponto de partida seja realmente preventivo e não apenas uma tentativa de racionalizar um desejo de vingança oculto no armário.³⁴

c) Mais importante parece outro ponto de vista, já levantado nas discussões sobre prescrição. As teorias preventivas são teorias sobre as vantagens de punir para a sociedade. A nossa pergunta inicial vai noutra direção: queremos saber se podemos justificar a pena aqui em face do apenado. Ambas as questões não devem ser confundidas, como faz a máxima de Liszt: “a pena correta, ou seja, a justa, é a pena necessária.”³⁵ Argumentar dessa forma reduz os direitos de uma pessoa livre e autônoma a meras concessões de um soberano benevolente, como se ela fosse objeto de um direito real.³⁶ A pena tem de ser justificada tanto em termos consequencialistas, em uma lógica meio-fim, quanto por fundamentos deontológicos, inegociáveis e baseados no respeito. Uma justificativa diante da sociedade e, ao mesmo tempo, em face do indivíduo.³⁷

3. O que dizem as teorias que não justificam a pena por razões de utilidade, mas sim de justiça ou respeito, *as teorias de retribuição*?

Essas teorias têm uma vantagem, mas também uma limitação em relação ao problema aqui examinado. A vantagem está em situar o problema no lugar certo. Ainda é *correto* punir o “velho nazista”? Não estaria ele, de alguma forma, reduzido a um símbolo punitivo, exposto para satisfazer reinvidicações preventivas? Mas com isso a limitação das teorias retributivas também vêm à tona. Elas *não respondem* essa questão corretamente formulada. A única resposta que têm à disposição é, em essência, a presença (ou ausência) de culpabilidade. *O que é culpabilidade*, contudo, não dizem. É pressuposto.

Com o que chegamos ao problema de Merkel sobre a identidade pessoal. Só podemos falar de culpabilidade, personalíssima e intransferível, se o crime foi cometido pela mesma pessoa que queremos punir. Se esse é ou não o caso, não é

³⁴ Uma referência ao chamado “closet retributivism” de Michael Moore, *M. Moore*, Placing Blame, Oxford, 1997, p. 83 e ss.

³⁵ Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. I, 1905, p. 126 e ss. (p. 161).

³⁶ N.T.: Aqui o autor faz referência à célebre passagem da Metafísica dos Costumes de Kant, em que o filósofo sustenta que ninguém deve ser reduzido a mero instrumento da vontade alheia e convertido em coisa, como objeto de um direito real (“...Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden”, *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1798, [ed. J. v. Kirchmann, 1870, p. 173]).

³⁷ *Roxin/Greco*, DP, PG I, § 3 nm. 1b, 51a.

mais uma questão jurídico-penal, mas sim ontológico-metafísica, à qual nos voltaremos agora.

IV. O plano ontológico-metafísico

1. Merkel introduz o problema com o exemplo clássico do navio de Teseu.³⁸ Teseu repara seu navio substituindo sucessivamente cada tábuas antiga por uma nova. As tábuas substituídas são recolhidas por um observador ali presente, que então reconstrói o navio peça por peça. No fim, há dois navios lado a lado. Qual é o navio original? Ambos? Ou nenhum?

Este problema multifacetado é objeto de intenso debate entre filósofos.³⁹ Aqui nos interessa somente a identidade do indivíduo no curso do tempo, abordado também como problema da persistência,⁴⁰ da continuidade ou da identidade⁴¹ diacrônica (em contraste com o problema da chamada identidade sincrônica, que busca responder se há dois navios no exemplo de Teseu, ou se há duas almas habitando o peito de Fausto, criando duas pessoas diferentes ou apenas um Fausto). Mas entrar a fundo nesse debate seria pouco frutífero – e isso por duas razões.

2. Quanto à primeira razão:

a) As inquietações *teórico-especulativas* que orientam a discussão filosófica não encontram correspondência imediata com o caráter prático da questão posta.

b) Isso é claro já no *método* da discussão filosófica. O filósofo trabalha com uma infinidade de experimentos mentais criativos, às vezes exagerados e bizarros: amnésias, transplantes de cérebro, duplicações de cérebro, lobotomias, clonagens de adultos, teletransporte, backups, para citar só alguns.⁴² O nosso interesse aqui,

³⁸ Merkel, JZ 1999, p. 503.

³⁹ Para coletâneas de artigos fundamentais ao tema, ver: *Quante* (coord.), *Personale Identität*, 1999, e *Martin/Barresi* (coord.), *Personal Identity*, Malden, 2003, com estudos introdutórios esclarecedores; para uma instrutiva introdução ao tema, ver *Noonan*, *Personal Identity*, London/New York, 2. ed., 2003; *Shoemaker*, *Personal Identity and Ethics. A Brief Introduction*, Ontario, 2009; bem como as referências das próximas notas de rodapé.

⁴⁰ *Quante*, *Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics*, 2017, pp. 4, 6.

⁴¹ Como *Hudson*, in: Gasser/Stefan (coord.), *Personal Identity. Complex or Simple?*, Cambridge, 2012, p. 236 e ss.

⁴² Há também uma discussão metodológica sobre a adequação do uso de experimentos mentais. Ver, por exemplo, *Coleman*, *Philosophical Studies* 98/1 (2000), p. 53 e ss.; *Tamar Gendler*, *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, Oxford, 2013, p. 21 e ss.

porém, é mais trivial: o envelhecimento – isto é, a relação entre uma pessoa e um ato que cometeu sete décadas antes.

c) Também chama atenção como filósofos que tratam da identidade diacrônica têm pouco a dizer sobre uma questão tão trivial quanto esta. Eu esclareço isso com base em duas das teorias mais tradicionais. Parece plausível a tese frequentemente atribuída a Locke de que a identidade será contínua enquanto pudermos ver o “eu” como unidade, a partir de uma cadeia de *estados psíquicos*, sobretudo lembranças.⁴³ Só se poderia negar a persistência de uma identidade, por exemplo, no caso de pessoas com Alzheimer. Os defensores dessa primeira concepção diriam sem grandes problemas que Oskar Gröning (o “Contador de Auschwitz”) e os demais “velhos nazistas” ainda mantêm a mesma identidade, isto é, ainda são a mesma pessoa do passado. Mas mesmo a corrente contrária – que entende a identidade ou persistência temporal como um *fenômeno físico* – provavelmente também chegaria à mesma conclusão afirmativa, pois os acusados ainda possuem (ou são) o mesmo corpo ou o mesmo cérebro.

3. A segunda razão é ainda mais profunda. Ela subsiste mesmo em um cenário de total correspondência entre o nosso interesse aqui e o dos filósofos. Não é viável transpor ao direito de maneira acrítica as ideias de filósofos que, com alto grau de sofisticação e refinamento, mantêm posições profundamente divergentes (tampouco eu me considero apto a realizar a transposição crítica). A resposta que o direito dá à pergunta sobre a legitimidade de uma punição não pode ficar à mercê de um debate filosófico controverso, e provavelmente irresolúvel. Essa questão não pode ser empurrada para a filosofia; cabe ao direito respondê-la assumindo sua própria responsabilidade.

V. Um argumento jurídico

O desvio às alturas da filosofia nos conduz, portanto, de volta à província do direito – ainda que não do direito positivo. Nosso problema parece situar-se menos no plano ontológico-metafísico do que no jurídico. Questões ontológico-metafísicas têm aqui apenas uma relevância indireta.

⁴³ Para um dentre vários estudos, ver *Schechtman*, *Staying Alive. Personal Identity, Practical Concerns, and the Unity of a Life*, Oxford, 2014, p. 10 e ss., com numerosas referências.

1. A condenação como confirmação de identidade

Nosso ponto de partida é uma constatação simples. O direito, sempre que declara alguém culpado por um crime, faz afirmações sobre a identidade dessa pessoa, independentemente do debate filosófico interminável sobre o tema. *Toda condenação* expressa mais do que uma mera *confirmação implícita de identidade*: ela confirma que a pessoa que cometeu o delito é a mesma a quem o juízo se dirige. Essa conclusão decorre da conjugação de duas premissas bem aceitas: (i) a natureza personalíssima da culpabilidade e (ii) a culpabilidade como condição necessária para a condenação. Só condenamos alguém quando há culpabilidade – e, nesse caso, apenas pode ser condenado o indivíduo I pela prática do ato T se I for, de fato, quem praticou T. Caso contrário, teríamos ou a punição de uma outra pessoa, ou uma punição sem culpabilidade.

2. Da identidade à autenticidade

a) Essa confirmação de identidade revela, em um segundo olhar, enorme fecundidade. E isso não pela tomada de posição no debate filosófico, e sim por seu simples conteúdo afirmativo. Concretamente, da perspectiva do Eu envelhecido: a confirmação de que o nonagenário ainda é aquele que, aos 25 anos, cometeu crimes equivale a uma negação retroativa da possibilidade de que esse Eu tenha, com o tempo, se distanciado de seu passado, ou o tenha superado, ou se reinventado⁴⁴. Ao mesmo tempo, da perspectiva do Eu jovem: a condenação o prende para sempre ao seu erro, faça o que fizer, ou tente o que for para recomeçar. Saulo, o perseguidor de cristãos, será sempre Saulo; jamais conseguirá tornar-se Paulo, o futuro apóstolo.

Aqui, para mim, parece estar o cerne do problema. A punição eleva o ato criminoso a um evento central e insuperável na biografia de uma pessoa, negando-lhe quase toda possibilidade de reescrever sua história, de converter-se – em termos religiosos –, ou de reinventar-se – em termos existencialistas. O direito fecha a *via do recomeço*.

b) Mas *por que* isso é importante? O argumento em favor da chance de recomeçar é relativamente simples. Seu ponto de partida está em um pensamento central à

⁴⁴ Em termos gerais sobre a capacidade de mudar a própria vida em relação ao debate da dignidade humana: *Werkmeister* (n. 11), p. 94: “A autonomia do indivíduo vulnerável e falível consiste na possibilidade de mudar radicalmente sua vida a qualquer tempo, dando-lhe no futuro uma interpretação totalmente nova.”

tradição liberal: o livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia – que se expressa no direito positivo pela combinação dos Arts. 1 I, e 2 I da Constituição alemã.⁴⁵ No fundo, a chance de recomeçar em si não é o que importa; ela é apenas uma das diferentes manifestações dessa ideia. O que importa é reconhecer o indivíduo como autor de sua própria vida, de sua biografia, algo como um *direito à autode-terminação ou um direito à autenticidade*. Essa reflexão é a chave para todo o resto.

Um Estado que pune sem limite de tempo obriga Paulo a continuar se descrevendo como Saulo – pouco importa quanto ele se esforce para abandonar seu passado. Um tal Estado ergue a si e à sua pena a uma posição de monopólio, como se apenas ele pudesse, por meios que ele próprio define, possibilitar a alguém um recomeço. Como se apenas ele, e jamais o mero indivíduo, estivesse autorizado a determinar de que pessoa se trata e a que vida isso se refere. Se aceitamos o direito do indivíduo de escrever a sua própria biografia, isso implica também o direito de não a ter escrita por terceiros, bem como o direito de corrigi-la mediante seu próprio empenho. Visto assim, é difícil sustentar que todo erro – ainda que grave – deva figurar como traço permanente de uma biografia.

c) No fundo, essas reflexões não são um território novo – como quase sempre ocorre no direito –, mas sim um desenvolvimento cuidadoso daquilo que, de uma forma ou de outra, já existe. As ideias formuladas pelo BVerfG sobre a pena de prisão perpétua, por exemplo, andam nessa mesma direção. O Tribunal considera incompatível com a dignidade humana “caso o Estado se arrogasse o direito de privar uma pessoa de sua liberdade de forma definitiva, sem que ao menos lhe fosse assegurada a chance de um dia voltar a viver em liberdade” (BVerfGE 45, p. 187 [p. 229]). Podemos ver nessa decisão uma primeira manifestação do direito ora postulado; o direito a não ser identificado pelo Estado para sempre com os erros do passado.

3. Limites desse direito

a) O direito a ser o autor da própria vida não pode permitir à pessoa se desvincular como bem entender da bagagem que carrega consigo, e que cresce a cada passo da vida. Pois a liberdade autêntica também pressupõe a *liberdade para o vínculo autêntico*

⁴⁵ N.T.: O Art. 1 I da Constituição alemã estabelece a cláusula geral da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, enquanto o Art. 2 I garante o livre desenvolvimento da personalidade. Juntos, esses dispositivos fundamentam o *direito geral de personalidade* (allgemeines Persönlichkeitsrecht) – em suma, um direito a ser quem você é. Nesse sentido: BVerfG, Beschl. v. 17.3.2021 – 2 BvR 1940/20, nm. 29 (sobre a chamada “zona livre de injúrias”).

e para a *responsabilidade autêntica*. E a responsabilidade, mesmo quando assumida livremente, não pode, por definição, ser abandonada livremente. O contrário equivaleria à irresponsabilidade. Por isso, a autenticidade não autoriza nem a quebra de contrato nem o autofavorecimento (*Selbstbegünstigung*). As obrigações assumidas por decisão própria ou por culpabilidade não prejudicam a autenticidade. Elas a realizam. À cada decisão importante – começar um curso, aceitar um emprego, casar-se, ter filhos, sair da casa dos pais, mudar de cidade, terminar um livro, assinar um contrato ou até cometer um crime –, a pessoa acrescenta um novo parágrafo à sua biografia. Cada uma dessas decisões gera, por sua vez, direitos e deveres.

Com o que podemos tentar uma primeira aproximação aos limites do direito à autoria de si mesmo ou à autodeterminação. Ao contrário de como procede a dogmática dos direitos fundamentais, não busco aqui limites extrínsecos a esse direito fundamental, no sentido de uma concordância prática entre valores conflitantes. Mas sim limites intrínsecos, a partir de uma reflexão cuidadosa sobre as condições de exercício dessa liberdade. Um fundamento pertinente à matéria e ao sujeito.

b) Os limites materiais são bem ilustrados pelo caso da venda de si mesmo como escravo, que Mill usou como exemplo de uma autodisposição nula. Sua nulidade não está apenas no fato de trair noções mínimas de bem-estar geral, ou em nossa recusa à uma sociedade escravagista. O problema vem antes, já na escolha por um tal destino. Ninguém é capaz de compreender a dimensão absurda dessa renúncia, mesmo livre de coação ou erro, mesmo após sopesá-la friamente. Ela implica a completa anulação de si e a submissão ao arbítrio de outro, que passa a ocupar o lugar de autor da vida de sua nova “propriedade”.⁴⁶ O contrato de escravidão é, nesse sentido, qualitativamente distinto do suicídio: enquanto este expressa apenas uma dimensão negativa e autodestrutiva, aquele institui também uma dimensão positiva ao fundamentar uma relação de domínio por terceiros e de *inautenticidade*.

c) O limite individual-subjetivo está em que direitos individuais – como o direito à autodeterminação – são, em essência, direitos disponíveis, aos quais se pode renunciar ou transferir sob certas condições. Condições que serão mais ou menos rigorosas conforme o alcance do ato de disposição. É também por essa razão que o ordenamento prevê hipóteses de incapacidade jurídica e fixa limites etários para determinados atos da vida civil, da celebração de contratos à imputação penal.

⁴⁶ Ver, novamente, *Werkmeister* (n. 11), p. 114 (há uma violação da dignidade humana quando não podemos nos ver mais como coautores da nossa própria vida).

4. Os “velhos nazistas”

Falta ainda uma posição clara sobre o caso dos “velhos nazistas”, que o direito insiste em identificar como os jovens de outrora. Esse reconhecimento externo de identidade viola o direito ora postulado à autenticidade? Ou ele apenas se refere às consequências de uma decisão autêntica tomada pela própria pessoa de praticar um crime?

Creio que a resposta não seja categórica. Os argumentos mais convincentes sugerem que a punição será quase sempre ilegítima. Isso porque, na maioria dos casos, estamos prestes a ultrapassar – ou mesmo ultrapassamos – os limites materiais e subjetivos do direito à autodeterminação. E isso lança sérias dúvidas sobre o respeito ao direito fundamental de escrever a própria biografia.

a) *Sob uma perspectiva material* a decisão de cometer o crime grave foi tomada por um jovem de 25 anos. Ele somente sofrerá as consequências mais drásticas da sua escolha – a condenação e uma pena de prisão até o fim de seus dias – décadas depois. Embora não se compare à venda de si mesmo como escravo, essa decisão – ao menos em sua dimensão temporal – se aproxima do exemplo paradigmático de inautenticidade.

b) No entanto, esse limiar só parece ser realmente superado quando acrescentamos a essas reflexões objetivas certas considerações *subjetivas*.

aa) A primeira delas, de ordem moral e filosófica, nasce de uma atitude de *empatia* e *introspecção*. Os horrendos crimes cometidos pelos nazistas são, em sua abominável singularidade, únicos. Ainda assim, foram praticados por pessoas – e somos capazes de reconhecer que, em grande medida, isso se deve a circunstâncias alheias a elas: nasceram no lugar e na época errados. Nós, que temos a sorte de só conhecer o Estado de Direito, empunhamos hoje a espada da justiça contra aqueles que, por azar, só tinham um ar envenenado por mentiras, ódio e medo para respirar. A nossa *empatia* natural nos conduz, ao contemplar a condição dessas pessoas, a reconhecer que seu comportamento não foi, de forma alguma, legítimo – mas tampouco totalmente incompreensível. Nossa capacidade natural de introspecção também nos leva a perguntar se nós, defensores convictos dos direitos humanos, teríamos agido doutro modo no lugar deles.

É verdade que ninguém escolhe quando e onde nasce. Uma vida autêntica só existe dentro de certas balizas – mais amplas para uns, mais estreitas para outros. Penso, contudo, que se temos a sorte de só conhecer balizas mais amplas, devemos ser contidos em nossas críticas e empáticos ao julgar a biografia daqueles que viveram sob condições menos generosas.

bb) Uma segunda inquietação, de ordem moral-biológica, refere-se mais à idade que essas pessoas tinham à época dos fatos do que à tentação à qual elas sucumbiram. Os criminosos que julgamos hoje – no caso, em 2019 – tinham em geral menos de 25 anos quando praticaram os crimes. Viviam justamente a fase da vida que, não por acaso, coincide com o auge da “carreira do crime”.⁴⁷ Não precisamos recorrer às muitas explicações – nem sempre consensuais – oferecidas pela criminologia para compreender essa simples verdade: a criminalidade é, em geral, um fenômeno juvenil.⁴⁸ Basta reconhecer outro dado igualmente evidente: o cérebro só atinge (ainda que provisoriamente⁴⁹) seu pleno desenvolvimento após os 25 anos.⁵⁰ A conhecida impulsividade da juventude, portanto, não se resume a uma simples falta de experiência – ela tem raízes biológicas. Talvez nem mesmo esse biologismo fosse necessário para despertar um desconforto diante da punição dos velhos nazistas; talvez bastasse apontar para a impulsividade da juventude – do que praticamente todos que alcançaram os 30, ou no máximo os 40 anos de idade, podem lembrar-se bem, ao olhar para trás.

c) A partir da conjunção dessas circunstâncias objetivas e subjetivas, embora se trate de atrocidades extremas, a condenação dessas pessoas setenta anos depois parece, em princípio, injusta.⁵¹ Demjanjuk e Gröning não entrarão para a história apenas como velhos nazistas – o que talvez ainda fosse aceitável, porque a história olha primeiro para o mundo que partilhamos, e só depois para o que é íntimo. Eles ouvem o Estado falar, em nome da sociedade, que os crimes de um jovem

⁴⁷ Nesse sentido apenas *Eisenberg/Kölbel*, *Kriminologie*, 7. ed., 2017, § 48 nm. 11 e ss.; *Göppinger*, *Kriminologie*, 6. ed., 2008, § 24 nm. 8 e ss.; *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. ed., 1996, § 43 nm. 5 e ss. (nm. 9: “Conclusões de validade quase universal”), embora essas descobertas não sejam aplicáveis a crimes cometidos sob ditaduras e regimes ilegítimos.

⁴⁸ Para uma explicação baseada em teorias de socialização e controle, ver *Kaiser* (n. 38), § 43 nm. 9; similar, mas com referências também ao contexto social, *Eisenberg/Kölbel* (n. 38), § 48 nm. 23 (também § 55 nm. 23 e ss., com referências à nova “Criminologia do curso de vida”).

⁴⁹ Pois a chamada neuroplasticidade, ou seja, a capacidade do cérebro de modificar-se por diferentes caminhos, está entre as descobertas fundamentais da neurologia moderna. Sobre isso, de forma impressionante e acessível: *Doidge*, *The Brain That Changes Itself: Stories of Personal Triumph from the Frontiers of Brain Science*, Londres e outros (Penguin), 2008; do mesmo autor, *The Brain's Way of Healing: Stories of Remarkable Recoveries and Discoveries*, Londres e outros (Penguin), 2016.

⁵⁰ *Sapolsky*, *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, New York (Penguin), 2018, p. 155 e ss.

⁵¹ Não posso, nesta primeira aproximação ao tema, definir de forma conclusiva a concretização dogmática dessas reflexões. A fundamentação próxima à culpabilidade sugere bons argumentos para entendê-las como causa de extinção da punibilidade; por outro lado, a proximidade com a prescrição sugere um impedimento processual.

nazista ainda seguem sendo seus – noutras palavras: que eles são velhos nazistas, e perderão por isso seus últimos dias de liberdade. Nós impomos a eles uma biografia, tomamos a nós a autoria de suas vidas, e achamos isso bom, porque o fazemos usando palavras grandes como igualdade, direitos humanos, Estado de Direito. Palavras que, quando eles optaram pelos crimes a que hoje respondem, não diziam nada, ou eram apenas um insulto.

5. Três objeções

Antes de concluir, gostaria de resguardar tais reflexões contra três esperadas objeções.

a) A primeira objeção não permite desvios: vamos reconhecer ao autor do crime um direito à vida autêntica, quando ele mesmo negou esse direito às suas vítimas – negando-lhes, inclusive, o próprio direito à vida? A objeção dificilmente pode ser levada a sério. Segundo a lógica do talião que lhe é subjacente, seria então admissível torturar o torturador e estuprar o estuprador.

b) Justamente pela lógica dos direitos fundamentais, impõe-se a pergunta se seria suficiente afirmar um direito subjetivo sem realizar uma ponderação com eventuais interesses contrapostos. E o Estado de Direito nesse caso, que deveria dar o bom exemplo a todos? E as vítimas, a quem cada vez mais se reconhece um até “direito à punição” dos autores do crime?⁵² A isso, uma réplica breve: uma compreensão do direito e dos direitos subjetivos não como meros instrumentos exige de nós certa cautela ao interpretá-los. Como se diz, não há direito de levantar o braço onde começa o nariz alheio,⁵³ e nem mesmo como um direito *prima facie*, conciliável com o direito do outro a um nariz intacto por meio de uma concordância prática. Logo, ao dar o bom exemplo pela via ora criticada, o Estado de Direito sacrifica os direitos fundamentais que deveria proteger e age ele mesmo de forma contrária ao direito. E mesmo que se reconheça à vítima o direito à punição do autor do crime – o que, a meu ver, carece de fundamentos convincentes⁵⁴ –, é difícil sustentar seu alcance a algo tão íntimo quanto a biografia da vida de alguém.

⁵² Reemtsma, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999, p. 26 e ss.; Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, p. 130 e ss.; Hörnle, JZ 2006, p. 950 (p. 955 ss.); Hörnle, Straftheorien, 2. ed., 2017, p. 38 e ss.; outras referências em Roxin/Greco, DP, PG I, § 3 nm. 36h.

⁵³ Ver Merkel, Süddeutsche Zeitung v. 30.08.2012 (como na n. 2, acima).

⁵⁴ Roxin/Greco, DP, PG I, § 3 nm. 36 k e ss.

c) A limitação de um direito subjetivo não deve vir de fora, como forma de instrumentalização, mas sim do próprio sujeito que o exerce. Aqui poderíamos nos perguntar se há crimes tão graves que mancham a biografia de uma tal forma, que não é possível mais deles se distanciar? Stalin ou Hitler poderiam, em algum momento, ter se arrependido? Não é isso o que sustento. O que sustento aqui é apenas que decisões judiciais com consequências tão profundas, que moldam a trajetória de uma vida, devem estar vinculadas a certas condições. Como vimos, tais condições não estão presentes no caso dos nazistas ainda vivos. A situação é diferente com Stalin, Hitler e outros tiranos, e isso já pelo fato de que as considerações subjetivas desenvolvidas nos itens 3.c) e 4.b) acima a eles não se aplicam.

VI. Excurso: Os jovens assassinos e a imprescritibilidade

Essa reflexão se pretende conclusiva? O que dizer, por exemplo, do velho nazista que insiste em repetir os erros da juventude ao longo da vida e se identifica com eles a toda oportunidade? *Ex post*, ou seja, da perspectiva de um senhor de 90 anos, podemos dizer que não há injustiça se o Estado apenas apropria-se da autoimagem que o próprio indivíduo pintou. Mas *ex ante*, para um jovem de 20 anos, o problema permanece: a chance de um recomeço lhe é negada de antemão (supondo, aqui, que a imprescritibilidade não tivesse sido introduzida retroativamente). A autenticidade não é só resultado. É também *esperança*.

Com o que estabelecemos uma premissa para uma crítica fundamental à figura da imprescritibilidade (para não dizer da prisão perpétua, questionável já por outras razões⁵⁵) – a qual, no entanto, só poderá ser enfrentada adequadamente noutra sede, em face de todos contra-argumentos possíveis. A imprescritibilidade só é concebível se igualmente admitirmos, ao Estado, o direito de identificar um indivíduo com seus erros pretéritos, para sempre, seja quão graves forem.

VII. Conclusão

Cada uma das conclusões deste estudo não serão aqui retomadas, como de costume. Aos apressados, recomendo a leitura da introdução. Encerro aqui com a esperança de que estas linhas agradem a Merkel – para mim, um exemplo de autenticidade científica.

⁵⁵ Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, p. 187 e ss.