

OS CRIMINOSOS SÃO PESSOAS? EFICÁCIA E GARANTIA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO*

Augusto Silva Dias**

1 Uma pergunta excêntrica?

Aos menos familiarizados com as discussões mais recentes no âmbito do Direito Penal a pergunta que integra o título deste estudo pode soar excêntrica. O que são os criminosos senão pessoas? Extraterrestres? Batráqueos? A perplexidade que a pergunta suscita traz subjacente uma intuição ética e juridicamente correcta. Na verdade, o estatuto de pessoa jurídica adquire-se com o nascimento¹ e está internamente relacionado com o estatuto de pessoa ética, por isso que implica a obtenção de uma dignidade que não está dependente da

* O presente estudo constitui a versão escrita e desenvolvida da conferência proferida na cidade da Praia, em 20 de Março de 2007, a convite do Mestre e amigo Jorge Fonseca, por ocasião do lançamento de mais um número da Revista *Direito e Cidadania*, de que é director. Pretendo com ele associar-me à publicação de homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias transformando deste modo uma ausência em presença. Afinal enquanto decorria o Colóquio Internacional organizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho para homenagear aquele insigne cultor da ciência do Direito Penal proferia eu a referida conferência na cidade da Praia no quadro de uma acção de cooperação académica há muito planeada e inadiável. Esta é a segunda de muitas homenagens que espero fazer ao Professor Figueiredo Dias em testemunho da elevada estima académica e pessoal que por ele nutro. Expresso ao Professor Doutor Mário Monte os meus agradecimentos por ter anuído gentilmente na publicação de um estudo não alinhado com o tema geral do Colóquio.

** Professor da Faculdade de Direito de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

¹ A qualidade de pessoa para efeitos de protecção jurídico-penal obtém-se no Direito português com o início do parto ou –vale o mesmo– do nascimento – sobre a questão v. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, PE*, anot. artº 131, §7 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, ed. AAFDL, 2005, p. 7 e s.

condição nem do comportamento social da pessoa.² Como KANT³ explicitou, numa formulação que marcou o pensamento ético e jurídico liberal, ter uma dignidade significa ter um valor em si mesmo, estar acima de todo o preço, não ser susceptível de troca ou de transacção. Significa isto que por mais hediondo que seja o crime praticado e por mais censurável que seja a culpa revelada, o criminoso não perde a dignidade que adquiriu pelo facto de ser pessoa e portanto deve continuar a ser tratado condignamente apesar da condenação e (eventualmente) da pena a que foi sujeito.

Voltando ao senso comum, só quem é pessoa pode ser condenado e pode cumprir pena, seja de prisão, de multa ou outra. A prisão foi pensada para seres que prezam a liberdade como um valor fundamental e a multa foi concebida para quem necessita de bens patrimoniais para se realizar individual e socialmente. Consciência da liberdade e necessidade de património são categorias ou *topoi* exclusivos do *Dasein* humano. O sacrifício em que qualquer dessas penas se traduz e que representa, na frase emblemática do Projecto Alternativo alemão de 1966,⁴ «uma amarga necessidade numa sociedade de seres imperfeitos», não conduz em sociedades democráticas à perda do estatuto de pessoa e da dignidade que lhe é inerente. Só assim se compreende que suspeito, arguido e recluso continuem a ser pessoas e a dever ser tratados como tal.

Esta concepção, bem como a intuição que lhe serve de base, por estranho que pareça, estão longe de constituir verdade universal. Daí a pergunta e as reflexões que se seguem.

2 A distinção entre pessoa e inimigo (não-pessoa) em JAKOBS

Um dos autores que tem posto em causa a qualidade de pessoa de certos grupos de criminosos é o penalista alemão de Bona, GÜNTHER JAKOBS. Diga-se antes do mais que para JAKOBS pessoa não é o ser humano individual, a personalidade inata, mas uma construção normativa – a pessoa jurídica – composta por três elementos: uma unidade de direitos e deveres, que se comporta de modo fiel ao Direito, e fornece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal.⁵ O autor procede deste modo a uma ruptura entre

² Deste modo, muito claramente, NEUMANN, *Derecho Penal del enemigo*, in CANCIO MELIÀ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, 2^o vol., ed. B de F, 2006, p.408 e s.; ANABELA RODRIGUES, *Globalização, democracia e crime*, in GUEDES VALENTE (coord.), *II Congresso de processo penal*, ed. Almedina, 2006, p. 57.

³ v. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ed. Atlântida, 1960, p. 76.

⁴ Sobre o sentido desta frase, inserido no programa político-criminal do Projecto Alternativo, v. ROXIN, *Franz von Liszt e a concepção político-criminal do Projecto Alternativo*, in *Problemas fundamentais do Direito Penal*, ed. Vega, Lisboa, 1986, p. 49 e ss.

⁵ Neste sentido, v. JAKOBS/CANCIO MELIÀ, *Derecho Penal del enemigo*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2006, passim; v. também JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ed.

a criatura humana que vem ao mundo e inicia nesse embate uma experiência de dignidade na relação com os outros e o destinatário das expectativas contrafacticas em que as normas jurídicas, em seu entender, consistem. Este é pessoa apenas em ligação com as normas, pois a comunicação é normativa mas não intersubjectiva, e enquanto puder concitar os três elementos acima referidos.

Quem comete um crime frustra uma expectativa normativa e desvia-se consequentemente do seu papel de pessoa, mas, se o desvio não representar uma hostilidade à ordem jurídica e à sociedade no seu conjunto, permanece pessoa em sentido formal⁶ e, pese embora ter de suportar os custos da frustração que provocou sofrendo a pena, deve ser tratado segundo as garantias substantivas e processuais que a Constituição e a lei estabelecem. O agente não foi fiel ao Direito, é certo, por isso que não alcança a personalidade exigida e se torna passível de censura de culpa e de pena, mas como dá alguma garantia cognitiva (real) de um comportamento pessoal no futuro, o desvio em relação ao papel é transitório, pontual, e anulável mediante a imposição e o cumprimento de uma pena.⁷ Basta o prognóstico de que após tal cumprimento o indivíduo voltará a comportar-se efectivamente de modo fiel ao Direito.⁸

Mas se quem comete o crime organiza e conduz permanentemente a sua acção de modo hostil ao Direito, isto é, não dá qualquer garantia de segurança cognitiva, então perde a qualidade de pessoa e adquire o estatuto de inimigo do Direito e do Estado. Como sublinha JAKOBS,⁹ só tem direito a ser tratado como pessoa quem presta fidelidade à ordem jurídica de modo fiável. A vigência da norma requer um cumprimento real, efectivo e por isso faz parte da «personalidade real» do destinatário fornecer esse apoio cognitivo. Quando

Civitas, 2003, p. 20 e s. Note-se que o *caput scuola* de Bona, cedendo a algumas críticas endereçadas ao seu conceito unitário de pessoa jurídica, aderiu à diferenciação entre pessoa singular (natural) e pessoa colectiva: a particularidade da primeira, com reflexo na comunicação normativa e na imputação, reside na circunstância de ser administrada de um modo duradouro (no momento da prática do facto, no momento da sentença e no momento da pena) por uma consciência competente no plano comunicativo – v. *Punibilidad de las personas jurídicas?* In MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho Penal*, vol.I, ed. Univ. Externato de Colombia, Bogotá, 2003, p. 338 e ss. Não a incluí entre os elementos do conceito de pessoa por JAKOBS não destacar esta particularidade a propósito da distinção entre pessoa e inimigo e por concordar que não é relevante para este efeito.

⁶ Pessoa formal é para JAKOBS «um ser adequado para ser pessoa, mas ainda não realizado», significando isso que «a personalidade exigida não foi alcançada» e que é precisamente esta «falha» (*Verfehlung*) que a torna objecto de censura de culpa – v. *ob.cit.*, p. 88. – v. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2^a ed., ed. Duncker & Humblot, 1999, ps. 82 e 88.

⁷ v. *Derecho Penal del enemigo?*, in CANCIO MELIÀ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, ps. 103 e 111, afirmando também que a pena é simultaneamente contradição e inflicção de dor.

⁸ Neste sentido, JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in ZStW, 2005 n^o 4, p. 841 e s.

⁹ v. *Terroristen als Personen im Recht?*, p. 843.

tal apoio não é prestado, falta a base para manter as expectativas normativas, as quais são substituídas por uma orientação cognitiva e, correspondentemente, a pessoa transforma-se em fonte de perigo, ou seja, num problema de segurança. Do mesmo modo que a experiência do agente que infringe sistematicamente o Direito impede a subsistência contrafáctica da vigência da norma, obsta também à manutenção contrafáctica da personalidade. Em consequência, a pena aplicada perde o carácter comunicativo de reafirmação da vigência da expectativa defraudada perante o infractor e passa a funcionar como pena de segurança.¹⁰ Numa frase, a pena converte-se em prevenção do perigo. Daqui se depreende que o inimigo não é qualquer criminoso mas apenas aquele que adopta duradouramente um programa de acção contrário ao Direito. JAKOBS dá como exemplos de áreas do inimigo o terrorismo, outras formas de criminalidade organizada, nomeadamente tráfico de estupefacientes ou de seres humanos, criminalidade económica e crimes sexuais.¹¹

Num caso e no outro o agente frustra a expectativa de um comportamento fiel ao Direito mas enquanto «no caso normal de um delito» ele conserva, com algumas reservas, a qualidade de pessoa, no caso do crime organizado perde esse *status* porque se aparta de modo duradouro do Direito. Como diz JAKOBS «quem se comporta constantemente como o diabo não pode ser tratado como pessoa jurídica ... porque falta para tanto a garantia cognitiva».¹² Não se pode confiar que o comportamento futuro do infractor seja conforme à expectativa normativa. Ao inimigo é aplicado um Direito de excepção, um Direito de «guerra», constituído por medidas extraordinárias que se afastam deliberadamente do regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias e por isso também de um Direito Penal da culpa, só viável quando há comunicação pessoal.

Em síntese, o Direito Penal do inimigo opera a par, mas desgarrado, do Direito Penal do cidadão. Trata-se de um Direito de emergência que conserva a forma jurídica e, nessa medida, vincula o Estado, os seus órgãos e funcionários na luta contra o inimigo,¹³ mas adopta soluções extremas e excepcionais.

¹⁰ v. *Derecho Penal del enemigo?*, p. 112. Refere ainda JAKOBS que esta pena tem uma duração elevada, não proporcional aos factos praticados, e actua sobre o criminoso como pura coacção destinada a modificar o seu modo de vida. Ela conserva o carácter de pena apenas formalmente, porque o *hostis* é competente para responder pelo seu comportamento. O seu significado mais profundo é o de uma medida de segurança, pois o destinatário não é tido como pessoa mas como mera fonte de perigo que é preciso neutralizar.

¹¹ v. JAKOBS/CANCIO MELIÀ, *Derecho Penal del enemigo*, p. 39 e s.

¹² v. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, p. 41.

¹³ v. JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo?*, p. 107.

3 As medidas de combate ao inimigo

Que medidas excepcionais são essas? Antes de responder a esta questão vejamos primeiro qual é o sentido e alcance que JAKOBS atribui à sua construção. Com o conceito de Direito Penal do inimigo o autor afirma que não pretende fazer valorações ético-políticas mas apenas descrever ou analisar funcionalmente medidas e soluções que a ordem jurídica já consagra, por mais detestáveis que sejam.¹⁴ Só lhe interessa o modo como a ordem jurídica opera, isto é, o modo como as coisas funcionam e não como deviam funcionar ou é justo que funcionem.¹⁵ JAKOBS não só não ignora que a ordem jurídica alemã é tributária de um Estado de Direito, como afirma que o Direito Penal do inimigo é uma criação do Estado de Direito, mas a este propósito as suas considerações não vão além dos seguintes aspectos. Primeiro, o Estado de Direito não é uma estrutura normativa postulada, um «eternamente contrafáctico», mas antes uma estrutura real, que, para orientar o presente, tem de fazer concessões: do mesmo modo que a vigência da proibição de matar ou de furtar não representa para ninguém uma garantia de que não será morto ou esbulhado por outros, assim também o postulado de que todos devem ser tratados como pessoas não significa que todos o sejam posto que nem todos se comportam como pessoas. Só esta última dimensão é real e oferece orientação presente. Segundo, para que o Estado de Direito não soçobre perante o inimigo, é preciso não só que este seja combatido com medidas eficazes, fora do sistema de garantias, mas também que estas medidas sejam assumidas como excepcionais e previstas à parte para que não contaminem o ordenamento do Estado de Direito.

O Estado de Direito é invocado apenas na sua facticidade, como um ordenamento constitucional, garantista, que se vê actualmente confrontado com ameaças internas e externas de elevado potencial destrutivo, como é o caso do terrorismo. Esta neutralidade funcionalista esconde uma opção ideológica conservadora e autoritária. Os Estados de Direito possuem afinal uma outra face que é a de se comportarem em caso de necessidade como Estados de não Direito, sendo isso apresentado acriticamente como uma inevitabilidade impermeável a juízos de valor: «uma sociedade consciente do risco não pode resolver esta problemática da falta de segurança cognitiva ... apenas com meios policiais. Por isso, não existe hoje alternativa séria a um Direito Penal do inimigo» afirma JAKOBS.¹⁶ O conceito de Direito Penal do inimigo é

¹⁴ v. *Derecho Penal del enemigo?*, p. 97.

¹⁵ Uma das contradições não resolvidas do pensamento de JAKOBS está em saber como compatibiliza ele a apregoada descrição funcional (que, segundo o próprio, constitui 95% do que afirma) com uma postura construtivista radical.

¹⁶ v. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der*

utilizado, assim, como um conceito analítico destituído de sentido crítico. Sob a capa de um positivismo metodológico, o funcionalismo sistêmico esconde afinal uma forma larvar de positivismo ideológico.¹⁷⁻¹⁸ Por outras palavras, pretendendo limitar-se à descrição das soluções juridicamente positivadas de combate ao inimigo, JAKOBS vai legitimando a sua necessidade.¹⁹

O que JAKOBS não explica é a exclusão metodológica da descrição funcional do sistema jurídico da admissibilidade ou validade constitucional das medidas de combate ao inimigo. Limita-se a dizer que elas são adoptadas à revelia dos princípios constitucionais e que isso é inevitável para a subsistência do Estado de Direito, mas sobre a questão de saber quais as consequências dessa opção ao nível da natureza jurídico-política do próprio Estado nem uma palavra. Pode um Estado de Direito incorporar uma lógica securitária, de excepção, sem implodir, isto é, sem alterar a sua configuração política? A pretensão de legitimidade que o Estado de Direito ostenta e na qual estriba a sua superioridade perante o Estado autoritário aguenta semelhante deriva?

Jahrtausendwende, ed. Beck, 2000, p. 53.

¹⁷ Sobre a distinção entre positivismo metodológico e positivismo ideológico v. SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, 1983, p. 32 e ss.

¹⁸ A ideologia conservadora que subjaz à aceitação das soluções positivadas de combate ao inimigo colhe apoio em certas fontes manifestas e latentes, para usar uma distinção cara a JAKOBS. Embora o autor se socorra de HOBBS, ROUSSEAU, KANT E FICHTE, isolando ou descontextualizando aspectos centrais do pensamento de alguns destes filósofos, como sucede nitidamente com KANT (acentua esta crítica SCHÜNEMANN, *Derecho Penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica*, in MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, vol. 2, p. 977 e ss.), há uma fonte latente e não assumida (rejeitada mesmo – v. *Derecho Penal del enemigo?*, p. 108 e s.) que é a obra de CARL SCHMITT, um jurista ideólogo do nazismo, a quem se deve uma teoria da distinção entre amigo e inimigo. Não podendo dispensar a este ponto toda a atenção que ele merece, direi, no entanto, que apesar das diferenças – que existem, sem margem para dúvidas –, há importantes traços comuns às concepções de JAKOBS e SCHMITT. Por um lado, um e outro descrevem pretensamente o conceito de inimigo, não o valoram nem demonizam (expressamente neste sentido, v. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, p. 24). Por outro lado, quem diferencia entre pessoa e inimigo, segundo ambos, é o Estado (para SCHMITT, o Estado absoluto, para JAKOBS, o Estado de Direito). Por último, para um como para outro o combate ao inimigo tem lugar fora da Constituição – assinalam estas e outras semelhanças entre os dois autores PORTILLA CONTRERAS, *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal*, in CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, eds. Univ. Int. de Andalucía/Akal, 2005, p. 73 e ss.; *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y procesal penal del 'enemigo'*, in CANCIO MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, vol. 2, p. 657 e ss.; KALECK, *Sin llegar al fondo: la discusión sobre el Derecho Penal del enemigo*, in CANCIO MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *ob.cit.*, vol.2, p. 127 e ss.; HÖRNLE, *Dimensiones descriptivas y normativas del concepto «Derecho Penal del enemigo»*, in CANCIO MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *ob. cit.*, vol. 2, p. 70 e ss.; KAI AMBOS, *Derecho Penal del enemigo*, in CANCIO MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *ob. cit.*, vol. 1, p. 146; EUGENIO ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho Penal*, ed. Dykinson, 2006, ps. 132 e ss. e 155 e ss.

¹⁹ Neste sentido também NEUMANN, *Derecho Penal del enemigo*, p. 398.

Seja como for, JAKOBS tem razão num aspecto: as medidas de emergência a que se refere não foram inventadas por ele, antes têm sido acolhidas em várias ordens jurídicas e mesmo fora delas, de forma avulsa, pelos Estados.²⁰ Estas medidas têm natureza penal e podem ser de dois tipos. Medidas de carácter substantivo, como a proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade; aumento da incriminação autónoma de actos preparatórios de outros crimes;²¹ agravação geral das penas desligada de uma ponderação de proporcionalidade entre gravidade do facto e gravidade da pena e defesa de uma concepção da pena como pena de segurança. Além destas são apontadas também medidas de carácter processual como o alargamento dos prazos da prisão preventiva, previsão de crimes incaucionáveis, inversão do ónus da prova, generalização de métodos de investigação e de prova excepcionais como as escutas telefónicas e os agentes provocadores e infiltrados, alargamento das buscas e revistas domiciliárias nocturnas.²²

4 Um exemplo de Direito Penal (e não só) do inimigo: o abate de aviões suspeitos do Direito alemão²³

A Lei alemã da segurança aérea (*LuftSiG*), de Setembro de 2004, dispõe no §14 que:

«1. Para impedir a ocorrência de um acidente especialmente grave, as forças de intervenção podem, no espaço aéreo, pressionar aviões a desviar a rota, obrigá-los a aterrar, ameaçá-los com a utilização de armas ou disparar tiros de aviso.

²⁰ Sobre este aspecto, v., além do próprio JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo?*, p. 105, POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, *Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos*, in CANCIO MELIÀ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, vol. 2, p. 630 e ss. Em sentido crítico, v. SCHÜNEMANN, *Derecho Penal del enemigo?*, p. 969 e ss., dando o exemplo de Guantánamo e considerando que a concepção de JAKOBS é particularmente adequada para o justificar.

²¹ v. JORGE FONSECA, *Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à «criminalidade organizada»*, in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 174; *O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da constituição penal global*, in RPCC 16 (2006), p. 394 e s.

²² v. JAKOBS/CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, p. 44 e ss.; JORGE FONSECA, *Direitos, liberdades e garantias individuais*, p. 193 e ss.; *O sistema prisional face às organizações criminosas*, p. 395, estendendo os exemplos ao Direito Penal Internacional e ao Direito penitenciário; MARQUES DA SILVA, *A criminalidade organizada e a investigação criminal*, in GUEDES VALENTE (coord.), *I Congresso de processo penal*, ed. Almedina, 2005, p. 397 e ss.

²³ Idêntica solução vigora no Direito brasileiro. O Decreto nº 5.144 de 16 de Julho de 2004 prevê no artº 5 o abate de aeronaves hostis ou suspeitas do tráfico de estupefacientes: «a medida de destruição consiste no disparo de tiros feitos pela aeronave de intercepção com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra».

2. Das várias medidas possíveis deve ser escolhida aquela que previsivelmente seja a menos lesiva dos interesses dos indivíduos e da colectividade. A medida só deve ser empregada enquanto a sua finalidade o exigir. Ela não deve causar prejuízos que sejam desproporcionais em relação ao resultado pretendido.

3. A intervenção imediata com armas só é permitida quando, segundo as circunstâncias, se puder partir de que o avião será usado contra a vida de pessoas e esse for o único meio disponível para remoção deste perigo actual.

4.»

A questão primeira que um tal preceito não pode deixar de colocar é a da sua justificação à luz da estrutura de princípios do Estado de Direito democrático. Pode esta disposição legal ser reconduzida ainda às situações de necessidade susceptíveis de ser resolvidas no quadro do Estado de Direito, para as quais o Estado de Direito tem resposta ou louvar-se-à tão somente numa guerra contra o inimigo, estranha à ordem jurídica regular? Pode o Estado de Direito enveredar por esta última via sem se transmutar num Estado autoritário? JAKOBS refere-se num dos seus artigos recentes ao §14 da Lei em causa mas fá-lo de um modo para o qual pouco ou nada interessa a dimensão da legitimidade ou validade constitucional da medida. Só lhe importa o «clima», o ambiente que leva o legislador a adoptá-la como uma necessidade. As únicas reflexões que o problema lhe merece são que a lei em causa procede à despersonalização dos passageiros e tripulantes dos aviões sequestrados e que se o legislador considera necessário sacrificar vidas inocentes perante a ameaça terrorista menos tabús terá na escolha das medidas a aplicar aos terroristas que provocam a situação. «Esta é a força sistemática explosiva do preceito [legal]», afirma²⁴

MICHAEL PAWLIK,²⁵ um discípulo de JAKOBS, vai um pouco mais longe na busca de uma justificação para a referida disposição. Segundo o autor, a questão reside em saber se aquele §14 n.º 3 corresponde a uma «dogmática do caso normal», respaldada em institutos como o estado de necessidade justificante ou o estado de necessidade desculpante supra-legal, ou é antes tributário de uma «dogmática do caso limite», centrada, não na solução de conflitos dentro do Estado, mas de conflitos «nos quais está em jogo a existência ou a identidade constitucional do próprio Estado».²⁶ Depois de analisar a norma em questão à luz das soluções de cada uma das «dogmáticas» assinaladas, PAWLIK chega à conclusão de que ela «já não» obedece a uma dogmática do caso normal, tal como é praticada no presente e «ainda não» se adequa a uma dogmática do caso limite. Na verdade, o autor censura a disposição por ela procurar resolver uma situação de crise recorrendo a um modelo individualista que pondera o

²⁴ v. *Terroristen als Personen im Recht?*, p. 848.

²⁵ §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?*, in JZ, ano 59 (2004) n.º 21, p. 1045 e ss.

²⁶ v. §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes*, p. 1046.

sacrifício de vidas para salvar outras vidas e, desse modo, por não reflectir satisfatoriamente a diferença entre caso normal e caso limite. Em seu entender, o legislador terá concebido uma norma de intervenção, que apenas se ajusta às valorações da ordem jurídica se for destinada a situações-limite do ponto de vista da teoria do Estado, segundo uma lógica de normalidade política, apelando para o efeito ao *topos* universal da defesa perante um perigo. Ora, como foi dito acima, a superação de situações da última espécie só pode ter lugar no quadro do estado de necessidade (justificante ou desculpante), com todas as dificuldades de recondução ao respectivo regime da disposição em causa.²⁷

O que mais impressiona na tese de PAWLIK não é a crítica ao §14 n.º 3, mas a consideração de que se pode ir mais longe no sacrifício de vidas inocentes para defender a comunidade estatal ou a sua identidade constitucional. Apoiando-se no jacobinismo de ROUSSEAU, o autor defende que, em caso de ameaça à subsistência da comunidade, cada cidadão tem o dever de se sacrificar, cedendo, se necessário, a própria vida, como contrapartida da protecção aos seus direitos e liberdades que dela recebe.²⁸ Em condições extremas há que pagar o preço pela segurança e protecção de que se beneficiou até então. Esta ideia, que não é, em sua opinião, estranha à ordem constitucional alemã após a introdução do estado de necessidade constitucional no art.º 20 n.º 4 na *Grundgesetz*, fundamenta a faculdade de abater aviões civis perigosos, por terem sido capturados por terroristas, ou simplesmente porque o piloto do avião ensandeceu,²⁹ preenchidas que estejam três condições: existência de uma ameaça existencial à comunidade; ponderação positiva de custos-benefícios; fixação de uma indemnização a favor das vítimas inocentes.³⁰

O Tribunal Constitucional Alemão (*BverfG*), no seu Acórdão de 15 de Fevereiro de 2006, declarou inconstitucional o referido §14 n.º 3 e demarcou-se, com razão, de posições como a de PAWLIK, negando-lhes qualquer credibilidade face à Constituição.³¹ Considerou aquele tribunal que uma tal medida é incompatível com o direito à vida conjugado com o princípio da dignidade da pessoa, pois o abate de aviões atinge pessoas inocentes – passageiros e tripulantes – que seguem a bordo dos aparelhos. Dado que a destruição dos aviões causará inevitavelmente a morte de todos os ocupantes, o Estado acaba por tratar os passageiros e tripulantes do mesmo modo que os criminosos que tomaram o comando dos aviões, quando aqueles em nada contribuíram para a situação de crise e não têm, por isso, de responder por ela. A execução da sua morte pelo Estado para salvar a vida de outros que

²⁷ Sobre este ponto especificamente v. PAWLIK, §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes*, p. 1050 e s.

²⁸ v. PAWLIK, §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes*, p. 1052 e ss.

²⁹ v. §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes*, p. 1055.

³⁰ §14 Abs.3 des *Luftsicherheitsgesetzes*, p. 1054 e s.

³¹ O Acórdão do BverfG foi retirado do sítio www.bundesverfassungsgericht.de

constituem o alvo do ataque em terra, não pode deixar de significar um acto de instrumentalização ou coisificação contrário à dignidade da pessoa.

Por outro lado, a ideia de que tripulantes e passageiros consentiriam presumivelmente no abate do avião e na sua morte reputa-a o tribunal como «uma ficção alheia à vida». Não se pode presumir razoavelmente que esse é o interesse esclarecido das pessoas inocentes que seguem a bordo das aeronaves.

Não menos rejeitáveis, na óptica do tribunal, são os argumentos de que a vida das pessoas que se encontram a bordo já está irremediavelmente perdida e de que elas passam a fazer parte da arma em que o avião se transformou, e como tal têm de ser tratadas. Desse jeito, afirma o *BverfG*, não só se ignora o ditado sensato de que enquanto há vida, há esperança e portanto uma possibilidade de a situação se alterar, mas também se aceita degradar os ocupantes à condição de partes de uma coisa, deixando de os considerar como pessoas.

Melhor sorte não tem o argumento de que o indivíduo deve, em caso de necessidade, a sacrificar a sua vida em prol de toda a comunidade estatal se só por essa via for possível proteger a comunidade de agressões que visam a sua destruição –o argumento de PAWLIK, como vimos – pois, no entender do tribunal, no §14 n.º 3 não está em causa o afastamento de agressões que são dirigidas à eliminação da comunidade estatal e à destruição da ordem jurídica liberal. Por isso também, não pode ser invocada em prol deste preceito a figura do estado de necessidade constitucional.

Por fim, o tribunal não é sensível à ideia de que o Estado tem o dever de proteger as pessoas que são alvo dos aviões, considerando que, embora o Estado tenha o dever de proteger a vida dos seus súbditos e a responsabilidade de escolher os meios mais adequados para o fazer, não pode contudo recorrer a meios cujo emprego não é compatível com a Constituição. A medida estipulada no §14 n.º 3 faz tábua rasa do princípio de que a vida das vítimas que seguem a bordo do avião também está coberta por tal dever de protecção. Ora, não só essa protecção lhes é negada, como é o próprio Estado a promover a agressão contra as suas vidas. Este quadro em nada se modifica pela circunstância de o homicídio ter em vista proteger a vida de outras pessoas.

Conclui o Acórdão que a incompatibilidade com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa não existiria se o avião apenas transportasse terroristas, pois aí a acção dirigir-se-ia exclusivamente contra a vida dos agressores. Aí se afirma que «corresponde à posição do agressor que as consequências do seu comportamento auto-determinado lhe sejam atribuídas pessoalmente e que ele seja considerado responsável pelos acontecimentos que puser em marcha». Por isso, a reacção defensiva não deve ser vista nem como negação do direito ao respeito que decorre da dignidade dos sequestradores, nem como violação do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo).

5 Resignação ou «acção directa»?

A posição adoptada pelo *BVerfG*, à qual no essencial adiro, induz uma outra pergunta: temos de assistir impávidos e resignados ao sequestro de aviões e aos ataques terroristas usando os aviões como arma contra pessoas inocentes? A vinculação às garantias impede-nos de adoptar medidas eficazes para combater tais práticas? A aceitação do argumento da necessidade de reagir ao ataque para evitar a catástrofe implica uma adesão à tese de JAKOBS?

A resposta a todas estas questões é negativa. O Estado de Direito não obriga à paralesia ante tais práticas mas sim a uma rigorosa concordância prática, a um equilíbrio óptimo, entre garantias e eficácia na perseguição e punição de crimes,³² mesmo deste jaez: nem as garantias devem ser entendidas tão rigidamente que impeçam a eficácia no combate ao terrorismo e restante crime organizado, nem a busca de eficácia deve levar à dissolução das garantias e do Estado de Direito. Sempre que este equilíbrio é rompido ou por via de excesso de garantismo ou por via de uma eficácia a qualquer preço, é dado um passo respectivamente no sentido da descrença na capacidade de os Estados de Direito lidarem com situações extremas ou no sentido do seu desvirtuamento e substituição por um Estado autoritário.

Em casos difíceis como o abate de aviões impõe-se que essa concordância prática seja feita desde logo e com a máxima precisão possível pelo legislador. Este deve definir com clareza os pressupostos de que depende a adopção de tal medida tendo como tela de fundo figuras que justificam tradicionalmente a intervenção sobre a vida de pessoas inocentes para salvaguarda da vida de outras pessoas,³³ como é o caso do conflito de deveres e do chamado estado de necessidade defensivo. Penso que esta última causa de justificação, consensualmente aceite pela doutrina, poderá legitimar, em certas circunstâncias, o abate de aviões que são comprovadamente usados como arma.³⁴ Mas para isso a lei terá de ser redigida de forma a exigir não só que a destruição do avião seja a derradeira medida mas também

³² Em sentido idêntico e de forma demonstrativa, JORGE FONSECA, *O sistema prisional face às organizações criminosas*, ps. 394, 398 e s. e 421.

³³ Fora deste quadro – e portanto também das nossas reflexões – fica o abate de aviões suspeitos de transportar droga do Direito brasileiro, pois aí a lei permite que sejam sacrificadas as vidas dos passageiros e tripulantes para salvaguarda da saúde pública, um bem, em nossa opinião, claramente inferior.

³⁴ Autonomizo esta causa de justificação relativamente à legítima defesa e ao direito de necessidade. Não sendo este o lugar para me ocupar de tão delicado problema, adianto apenas sumariamente que não estou certo da bondade da posição de FIGUEIREDO DIAS de reconduzir as situações de estado de necessidade defensivo à regulação do artº 34 – v. *Direito Penal, PG, I*, p. 434. Por mais concreta que seja a ponderação «dos interesses conflituantes na situação globalmente considerada», o direito de necessidade não se basta com a salvaguarda do interesse de «maior valor» antes requer que o interesse salvaguardado seja «sensivelmente superior» (al.b do artº 34) – sobre o problema, divergindo da posição de FIGUEIREDO DIAS, v. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, PG, II*, ed. Univ. Católica, Porto, 2004, §716 e ss. Se de uma causa de justificação «legal» o estado de

total segurança na comprovação de que o aparelho é comandado por um grupo terrorista ou que por força de uma avaria vai cair desgovernado sobre uma grande cidade e desse modo que está a ser usado para atentar contra a vida de inúmeras pessoas inocentes ou que provocará um acidente de proporções catastróficas. Essa comprovação tem de ser densificada na lei e assentar naturalmente em dados precisos. É fundamental esconjurar o perigo de decisões precipitadas e para isso a lei deve exigir que seja reunida toda a informação sobre a situação de crise com o máximo de segurança. Não basta a suspeita ou um equívoco «poder partir de ...», como estabelece o §14 n.º 3 da lei alemã.

A justificação para o abate de aviões nestes casos não reside nem numa lógica de inimigo, nem no argumento de que as pessoas se tornaram parte da fuselagem, degradando-as à condição de coisa, nem tão pouco na concepção de que para evitar um mal maior para a comunidade a que pertence todo o cidadão há-de sacrificar-se inclusivamente renunciando à vida, que o reduz à qualidade espartana de um súbdito ao dispor do soberano. Essa justificação assenta antes, em meu entender, em quatro aspectos fundamentais e complementares entre si: 1) indicação legal da entidade competente para decidir e ordena o abate da aeronave; 2) recolha de indícios seguros de que o avião foi sequestrado por grupos terroristas e que vai ser usado como arma de efeitos catastróficos; 3) exaurimento de todas as vias para forçar o avião a aterrar ou a mudar de rota e inexistência de meios para o comandar a partir do solo ou de outro ponto; 4) comprovação de que as vidas dos tripulantes e passageiros estão irremediavelmente perdidas. Sendo este o caso, as únicas vidas que podem ser salvas são as das pessoas que estão em terra,³⁵ pelo que não será razoável exigir a estas o sacrifício do seu interesse. A invocação de um dever de suportar a agressão em solidariedade para com os ocupantes inocentes do avião carece totalmente de sentido. Se de solidariedade se pode aqui falar é da sociedade e dos poderes públicos para com as pessoas que permanecem em terra e constituem o alvo potencial do avião. O Estado, na pessoa do responsável pela decisão de abater o avião, não escolhe quem deve morrer e quem deve viver, mas limita-se a proteger a vida das pessoas que ainda podem ser salvas.

necessidade defensivo se aproxima, sem com ela coincidir, é da acção directa do art.º 336 do Código Civil.

³⁵ Chama a atenção para este aspecto também PAWLIK, *§14 Abs.3 des Luftsicherheitsgesetzes*, ps. 1049 e s. e 1055; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, p. 426, confere relevância, em sede de direito de necessidade, à circunstância de as vidas em colisão estarem condenadas pelo destino, considerando que só um «inadmissível doutrinário», uma «santificação da vida humana estranha ao Direito Penal e à sua função», impedem que se atenda a este argumento no âmbito daquela causa de justificação. Dada a dificuldade que tenho em perfilhar uma interpretação tão ampla do art.º 34 como a defendida por FIGUEIREDO DIAS, fico-me pela relevância do argumento no contexto do estado de necessidade defensivo. As objecções postas a este argumento pelo *BverfG* não me parecem convincentes.

Verificados estes quatro requisitos, só deve ser autorizado o abate do avião no último instante, isto é, à vista do alvo, quando entrar no perímetro de segurança da cidade onde aquele se localiza, devendo este ponto ser também expressamente referido na lei. Não é admissível o sacrifício de vidas inocentes para realizar uma espécie de defesa preventiva ou antecipada. Até que o perigo se torne efectivamente actual só é admissível o uso de meios de dissuasão no sentido de levar o avião a mudar de rota e a aterrar.

É certo que os passageiros e os tripulantes do avião são também pessoas inocentes e não agressores mas, tal como em outros casos, como o do malogrado «homem gordo»,³⁶ não é numa perspectiva de responsabilidade daqueles cujo destino se encontra ligado à fonte de perigo, mas de total ausência de responsabilidade no acontecimento dos que são ameaçados que, juntamente com os restantes requisitos, se estriba uma ponderação de interesses a favor destes últimos. A convocação do caso do homem gordo como lugar paralelo impõe, contudo, um esclarecimento. A história do caso é a seguinte: um grupo de espeleólogos de que faz parte um indivíduo exageradamente gordo pesquisa grutas no subsolo quando esse indivíduo fica entalado no buraco da saída de uma gruta não conseguindo sair nem permitindo a saída aos restantes elementos do grupo. A alternativa que a estes se coloca é aguardar até que o companheiro gordo emagreça, o que levará semanas e pode levar à morte de todos por inanição, ou estoirar a saída da gruta com explosivos, o que implicará a morte do homem gordo. Como é fácil de ver, para além de uma diferença de espectacularidade entre as situações, outras duas sobressaem: enquanto no caso do homem gordo este é o causador objectivo do perigo por ter tapado a saída da gruta e quem actua são as pessoas directamente ameaçadas, no caso do abate de aviões usados por terroristas como arma os passageiros e tripulantes não contribuíram para o perigo nem as potenciais vítimas do embate dos aviões actuam em defesa própria. Todavia, ambos os aspectos não são em meu entender relevantes para subtrair o abate de aviões, nas circunstâncias referidas, à figura do estado de necessidade defensivo. A actuação do poder público em defesa da vida das pessoas que estão em terra, não suscita problemas de maior. A doutrina admite que a acção directa, uma causa de justificação prevista no artº 336 do Código Civil e cujo conteúdo se sobrepõe –parcialmente, pelo menos – ao do estado de necessidade defensivo, possa ser realizada em benefício de terceiro, por aplicação analógica fundada em identidade de razão.³⁷ Por outro lado, o destino de passageiros e tripulantes está inevitavelmente ligado ao avião que está a ser usado como arma. Isso não

³⁶ v. FERNANDA PALMA, *O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982*, (separata dos Estudos em Homenagem a Eduardo Correia), p. 16 e ss. Como refere a autora, o caso do homem gordo é uma fábula filosófica, não um caso da doutrina penal.

³⁷ v. sobre este ponto, OLIVEIRA ASCENSÃO, *A teoria finalista e o ilícito civil*, Separata de Direito e Justiça, vol. II (1981/1986), p. 93 e s.

significa, como é óbvio, reduzi-las a parte do aparelho e deixar de compreendê-las e de tratá-las como pessoas, mas tão somente que não é possível separá-las da fonte de perigo. Elas estão, na expressão feliz de EBERHARD SCHMIDT, «marcadas pelo destino».³⁸ Para compreender isto melhor, podemos introduzir uma variante do caso do homem gordo em que um dos membros do grupo, um suicida vingativo, aproveita a ocasião em que o homem gordo passa pela saída da gruta para se juntar a ele e preencher assim o espaço que falta para a tampa. Do ponto de vista dos outros membros cuja vida está ameaçada não me parece que o problema possa ser colocado de maneira diferente. Agressor só há um, mas o homem gordo é arrastado e integrado na fonte de perigo. Esta não pode ser afastada exclusivamente à custa dos bens do agressor, sem comprometer a vida do homem gordo.

Conduz esta solução à despersonalização dos passageiros e tripulantes dos aviões, como sustenta JAKOBS e teme o *BverfG*? Note-se que eles não podem ser, em rigor, considerados inimigos porque nada fizeram para desmerecer a expectativa de segurança cognitiva quanto ao seu comportamento futuro e por isso de despersonalização só se pode falar por derivação, isto é, por serem atingidos necessariamente pela medida de eliminação que o Estado usa contra os terroristas. Mas a constatação de que o abate do avião, para impedir que seja utilizado como arma, conduz à morte de todos os que nele viajam, autoriza-nos a despersonalizar passageiros e tripulantes? A questão não é semântica, pois a personalização ou despersonalização destes ocupantes é um aspecto fundamental para as ponderações que a decisão do caso envolve. A intuição de que a decisão não depara com as mesmas dificuldades ou resistências consoante o avião transporte apenas os terroristas ou também terceiros inocentes, decorre precisamente de subsistirem exigências de personalização,³⁹ de consideração da dignidade da pessoa,⁴⁰ a que o Estado de Direito se encontra vinculado e que impõem um exame apertado da necessidade e proporcionalidade da medida a adoptar. A legitimidade da resolução de casos difíceis como este, que dependerá sempre, pelas razões acima aduzidas, de uma intervenção expressa e clara do legislador explicitando as regras e condições da sua realização, impõe a certificação de que em momento algum da decisão as pessoas envolvidas deixam de ser consideradas na sua dignidade. A resolução do conflito tem de ser encontrada dentro e não fora da dignidade humana. Como sublinha muito

³⁸ Apud FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, p. 426.

³⁹ Esta concepção, que se inscreve na tradição kantiana, designadamente na distinção entre numero e fenómeno, mostra bem que é abusiva a invocação de KANT por JAKOBS para justificar o seu conceito de pessoa como construção normativa.

⁴⁰ Sobre este ponto, além de KINDHÄUSER, *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho*, in CANCIO MELIÁ/JARA-DIEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, vol. 2, p. 164, v. NEUMANN, *Derecho Penal del enemigo*, p. 408 e ss.

certeiramente NEUMANN,⁴¹ a lógica da necessidade não implica nem exige uma lógica de despersonalização: a acção de necessidade colhe justificação em razões para agir à luz do ordenamento jurídico, nomeadamente na prevalência do interesse a salvaguardar, sendo por isso estranha e supérflua a este quadro tanto a despersonalização do destinatário daquela acção como – acrescento – dos que ele arremonta sob coacção. A resolução da situação de necessidade nos termos do Estado de Direito requer uma legitimação externa assente na ponderação dos interesses conflitantes, com vista à identificação do prevalecente, mas dispensa e recusa mesmo, como refere NEUMANN, uma legitimação interna segundo a qual o visado (o inimigo) é espoliado de dignidade e, conseqüentemente, da pretensão de ser tratado de acordo com os direitos e garantias constitucionais válidos para o cidadão.⁴²

6 Conclusão

Concluo reafirmando duas ideias fundamentais. O Estado de Direito conhece e está preparado para responder, dentro de certos limites, a situações de grave necessidade. Ponto é que os bens ou interesses em colisão sejam submetidos a uma ponderação que se louve nos critérios de necessidade, de adequação e de proporcionalidade, acolhidos pela ordem jurídico-constitucional para justificar as restrições de direitos. Certos institutos, como o estado de necessidade defensivo, fundam-se precisamente nas ponderações dessa «dogmática do caso normal». Fora dela as soluções não são constitucionalmente aceitáveis. O diabo a que JAKOBS se refere vive no meio de nós e, se o combatemos com os métodos dele, acabamos por lhe vender a alma, quando não por nos colocarmos também sob mira.

A segunda ideia é de que o Estado de Direito democrático não necessita de nem deve ceder à lógica do inimigo no difícil combate ao terrorismo e restante crime organizado, sob pena de se transmutar num Estado autoritário. Para não minar as suas bases, o Estado de Direito deve manter-se fiel ao seu ideário estribando as medidas a contra o crime organizado num equilíbrio reflexivo entre garantias e eficácia. Na situação extrema do abate de aviões usados como arma concordo com o *BverfG* quando considera que o §14 n.º 3 da *LuftSiG* não expressa correctamente o equilíbrio ou concordância prática dos bens em causa, mas já discordo da afirmação de que só é justificada a intervenção contra os agressores, os terroristas sequestradores do avião. Não me parece que tenhamos de nos resignar a ver passar os aviões em direcção ao seu destino trágico.

⁴¹ v. *Derecho Penal del enemigo*, p. 396 e s.

⁴² v. *Derecho Penal del enemigo*, p. 397.