



JUSTIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL COMO OPÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO PENAL MINIMALISTA

Paulo César Busato

Gabrielle Stricker do Valle

Evandro Vinícius Leonel dos Santos

Giselle Mota Fylyke

Dener Rocha Bebiano¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar e defender a difusão da fórmula da justificação procedimental como um instrumento dogmático moderno de compressão do sistema punitivo, através da ampliação de possibilidades de justificação, para além dos paradigmas tradicionalmente consagrados da justificação material. Para tanto, apresenta soluções legislativas adotadas nesse sentido em outros países, as quais podem servir de paradigma na solução da minimização da intervenção penal, não apenas para as mesmas questões já experimentadas nas legislações estrangeiras, mas também para outros casos em que a política criminal oscila errante entre soluções de incriminação absoluta ou abolição dela.

Palavras-chave: Causas de justificação. Justificação procedimental. Direito penal mínimo.

¹ Paulo César Busato é Professor Adjunto de Direito penal na UFPR, Doutor em Problemas atuais do Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide e Procurador de Justiça no Estado do Paraná. Gabrielle Stricker do Valle, Evandro Vinícius Leonel dos Santos, Giselle Mota Fylyk e Dener Rocha Bebiano são membros do Grupo de Pesquisas *Modernas Tendências do Sistema Criminal*, cadastrado no CNPq.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende defender a opção pela justificação procedimental como caminho de desenvolvimento dogmático, ajustado a um propósito de contração do sistema punitivo.

Para tanto, discute os efeitos protetivos do bem jurídico gerados pela inserção sistêmica de causas de justificação procedimental, demonstrando a pertinência do seu emprego em sistemas jurídicos de imputação que estejam ajustados a uma política criminal minimalista.

Far-se-á um comparativo entre os fundamentos da existência da justificação material e da justificação procedimental, demonstrando sua equivalência.

Em uma conclusão aberta, anuncia-se um espectro amplo de possibilidades de exploração da dinâmica desta fórmula normativa, evidenciando um importante caminho a seguir para o desenvolvimento da teoria do delito.

2 FUNÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO NA ESTRUTURA DA TEORIA DO DELITO

Em um determinado momento da evolução da teoria do delito, chegou-se à bipartição da dimensão objetiva da imputação normativa.² Esta bipartição foi uma proposta de separar, por um lado, o tipo, como expressão da proibição, e, por outro, a antijuridicidade, como juízo de valor autônomo, que se realizava através de uma prospecção negativa de normas permissivas no sistema de imputação. Esta composição foi iniciada pela teoria dos elementos negativos do tipo proposta por Merkel³ e desenvolvida por Beling, com sua teoria do delito-tipo.⁴

As normas permissivas que afastavam a ilicitude do fato foram denominadas causas de justificação (*Rechtfertigungsgründen*).⁵

O papel representado pelas causas de justificação é duplo.

² "Até final do Século XVIII as legislações penais e igualmente os penalistas desconheciam um conceito geral e diferenciado de antijuridicidade". TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 148.

³ MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.

⁴ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

⁵ A denominação é utilizada à larga no tratado de Von Liszt, cf. LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Berlin: W. de Gruyter, 1921 (1ª ed. de 1881), especialmente § 22.

Em primeiro lugar, elas procuravam representar as situações de excepcionalidade, aquelas em que a realização da conduta proibida realmente demanda um tratamento diverso do tratamento usual em face de um dado incomum, que conduz à aceitação do que, em princípio, e ausente a excepcionalidade, constituiria um ilícito. Seria inconcebível a inexistência de circunstâncias que eximissem da imputação o agente que praticou uma conduta típica numa situação adversa.

A antijuridicidade ou ilicitude, portanto representa “o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.”⁶ Justamente o papel de permissivos normativos é realizado pelas causas de justificação, pois estas excluem a ilicitude de uma conduta típica, dentro de determinadas circunstâncias.

Em segundo lugar, as causas de justificação também representaram, sempre, um espaço de redução da intervenção penal, um recorte do âmbito de imputação, uma contribuição para a contração geral do sistema, algo sempre desejável.

Esta contração sistemática foi identificada por Roxin, quando o autor afirma que “é através das causas de justificação que a dinâmica das modificações sociais adentra na teoria do delito.”⁷

E o comentário é oportuno, na medida em que a aceitação social de uma conduta, mesmo que não possa afastar, por si só, a tipicidade, é reveladora da inexistência típica de necessidade de controle social, razão pela qual se impõe afirmar sua licitude.

Este recorte, que é antes material que formal, se infiltra no âmbito das justificações, como causa supralegal.

É que, a despeito da permanência relativamente estável que possui o tipo, representando a expressão do princípio de legalidade, o âmbito de justificação é fluido, admitindo e absorvendo as mudanças sociais. Sustenta Roxin:

As razões pelas quais é permitido sequestrar pessoas, invadir domicílios ou lesionar fisicamente a outros, modificam-se constantemente. Cada alteração na ordem jurídico-penal ou civil, cada revisão das leis de polícia, cada variação nas concepções acerca do direito de castigar, da vacinação obrigatória, da esfera privada e dos direitos de protestar publicamente, criam ou eliminam causas de justificação. Este processo ocorre não só através de modificações na lei positiva, mas também por criação do direito costumeiro e jurisprudencial.⁸

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 540.

⁷ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: W. de Gruyter, 1973. p. 24.

⁸ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik [...] cit.*, p. 25.

Roxin aduz que:

a ordem jurídica como um todo contribui para a formação desses direitos de intervenção, que harmonizam a liberdade individual com a necessidade social. É a partir desta função político-criminal que deve ser levada a cabo a sistematização da antijuridicidade.⁹

A função da justificação, portanto, também é de formar um equilíbrio, de harmonizar os interesses e conflitos sociais, sempre objetivando a melhor solução aplicável ao caso concreto, à luz da melhor e maior proteção do bem jurídico tutelado.¹⁰ Em todo caso, quando, pela via da justificação, algo que, em princípio, seria punível – porque típico – deixa de sê-lo, não há dúvida de que reside aí um potencial de redução da intervenção penal no controle social a ser visto como positivo.

2.1 A necessidade de regular situações excepcionais

É mais do que evidente que não se pode pensar que a vida humana corre sempre dentro de condições normais. É também óbvio que as proibições jurídicas contempladas no plano da tipicidade são proibições associadas ao padrão de normalidade.

Por outro lado, a autorização para práticas ilícitas, especialmente quando estas dizem respeito ao afastamento geral da ilicitude, ou seja, quando elas transcendem o autor e o âmbito penal, reclamam uma formulação prévia através de uma previsão jurídica expressa.

Sendo assim, todo sistema precisa contar com um catálogo, tão preciso quanto possível, de causas legais de justificação, ou seja, de normas permissivas que descrevam situações excepcionais nas quais a prática de um tipo penal será tolerada.

Desde um ponto de vista meramente formal, é possível afirmar que a antijuridicidade é uma segunda etapa, que consiste em um juízo de valor distinto do juízo de tipicidade, porque na tipicidade se trata unicamente de uma subsunção entre o fato e a norma, enquanto na antijuridicidade se trata de valorar justamente se deve prevalecer, no caso concreto, a força da norma proibitiva típica ou da norma permissiva que aponta para a exceção que permite a realização do tipo de ação ou omissão.

Já dizia Giuseppe Bettiol que a antijuridicidade não é apenas um elemento do crime, mas é o principal, aquele que dota de sentido os problemas de direito penal, “é o que

⁹ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik* [...] cit., p. 25.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik* [...] cit., p. 24.

faz com que o crime seja aquilo que ele efetivamente é”.¹¹ A antijuridicidade representaria justamente a contraposição entre o fato realizado e o valor jurídico contido na norma.

Daí que a doutrina preserve a ideia central de que a principal função da antijuridicidade seja a de promoção de uma prospecção negativa dela própria, através da determinação da eventual presença de alguma causa de justificação.¹² A existência de uma exceção regulamentada permite a absorção, pelo sistema normativo, de um espaço de racionalidade ampliado, onde se converte o reconhecimento da forma primariamente típica em uma ilicitude com maior carga material, adensando assim a reprovação jurídica.

Podemos, então, dizer que a ordem jurídica não se esgota nas normas proibitivas, sendo, antes, composta pela ordem normativa complementada pelos preceitos permissivos. Enquanto os tipos proibitivos selecionam as condutas consideradas proibidas, constituindo a fundamentação da ilicitude, o tipo permissivo seleciona as condutas que se apresentam como antinormativas, mas não são ilícitas. Nestes termos, os tipos proibitivos revelam, numa atitude concreta e individualizadora, os bens jurídicos que devem ser protegidos, enquanto os tipos permissivos ou justificadores, por sua vez, sendo gerais e abstratos, aplicam-se a diversas situações independentemente do tipo incriminador em análise.¹³

Podem, ainda, existir condutas que, sendo consideradas justas pela sociedade, não são previstas como justificadas; então, se a consciência social consente com esse comportamento, a necessidade de conservação do interesse comum faz com que o fato típico não seja considerado ilícito.

Isto se explica diante do fato inarredável de que, se a tipificação – em estreita obediência ao princípio de legalidade – pode e deve limitar-se ao prescrito em lei, as permissões, justamente por representarem a excepcionalidade, seriam capazes sempre de suplantar o mais vasto dos catálogos que fosse compendiado pela lei.¹⁴

Ao lado disso, há que se considerar que se trata de normas permissivas e, dado que o que não se proíbe remanesce permitido, há sempre uma presunção de legitimidade de toda e qualquer conduta (como base da liberdade individual) que, para ser contra-arrestada,

¹¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr.; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1. p. 364.

¹² Nesse sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 299.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1. p. 363.

¹⁴ Mezger já alertava que a existência de causas justificantes supraleais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 142.

demanda previsão legal. As causas de justificação, neste sentido, funcionam como um aditivo normativo ao princípio geral de liberdade individual.

Por esta razão, nada mais lógico do que o reconhecimento de um espaço para a ampliação das previsões legais justificantes para abrigar hipóteses supralegais.

Aliás, de *lege ferenda*, seria prudente o emprego de uma cláusula de equiparação – abrindo espaço para a analogia – no catálogo geral das permissões, sejam elas fortes (justificações) ou fracas (exculpações).

Aliás, já é consagrado na doutrina que, quando não há previsão legislativa em relação a uma conduta proibitiva, essa ausência não pode ser suprida por analogias, costumes ou princípios gerais, dentro do previsto pelo *principio da reserva legal*. Já as suas justificações não precisam ser de carácter especificamente penal, podendo provir da totalidade da ordem jurídica entendida como uma unidade.¹⁵

Podemos dizer que a regulação de causa de justificação tem sua necessidade central na busca pela constituição de garantias contra ações arbitrárias do poder punitivo do Estado, garantindo os direitos e liberdades do cidadão. O direito penal deve ser a *ultima ratio* na política social do Estado, o que significa que só devem ser punidas as penas e comportamentos socialmente lesivos se sua eliminação não for possível por meios menos gravosos.

A reserva do direito penal para hipóteses excepcionais é justamente sua força, reconhecendo que a intervenção penal é por si só um mal, uma violência institucionalizada que deve ser regulada.

Excluindo-se a ilicitude de uma determinada conduta quando seu valor não é entendido como inaceitável, garante-se essa minimização da intervenção estatal, principalmente em relação ao âmbito penal.

2.2 Um espaço de soluções de conflitos

A antijuridicidade é também considerada por boa parte da doutrina¹⁶ um espaço de solução de conflitos.

Efetivamente, existe um interesse geral de persecução e condenação pela prática de fatos típicos contraposto a um interesse específico e pessoal do agente em demonstrar a

¹⁵ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral* [...] cit., p. 365.

¹⁶ Veja-se, por todos, ROXIN, ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik* [...] cit., pp. 24 e ss. No Brasil, há referência nesse sentido, por exemplo, em BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395.

excepcionalidade da situação concreta e seu enquadramento em uma fórmula de exceção correspondente a uma norma permissiva.

Entre as várias teorias a respeito do fundamento das causas de justificação, a que parece ter mais ampla aceitação¹⁷ é a da *colisão de interesses, ponderação de interesses* ou *interesse preponderante*, segundo a qual, para que o comportamento possa ser considerado justificado, portanto, aceito pelo direito como não ilícito, é preciso que tal comportamento salve um interesse preponderante, vale dizer, um interesse ou valor maior ou mais importante do que aquele que sacrifica.¹⁸

Ou seja, se para preservar-se um bem de extrema importância não houver outra solução, o sacrifício de um bem de relevância menor, ou de igual tamanho, não pode ensejar uma reprovação social e uma conseqüente reprimenda estatal.

Este fundamento é reconhecido como aquele que pode ser aplicado indistintamente a todas as causas de justificação. Trata-se de entender que "em todas as causas de justificação se permite a lesão a um interesse ou bem jurídico porque entra em conflito com outro interesse superior, de maior peso para o Direito."¹⁹

Equacionar os conflitos sociais diários no ordenamento jurídico vigente nem sempre é questão de fácil elucidação. Todavia, as causas de justificação possuem o condão de minimizar e/ou neutralizar estes conflitos à luz do caso concreto, proporcionando e visando uma maior harmonização social.

Para Roxin:

Se analisarmos os meios através dos quais o legislador enfrenta o problema da solução social de conflitos, veremos que existe um número limitado de princípios ordenadores materiais, que determina, nas mais diversas variações, o conteúdo das causas de justificação.²⁰

Como exemplo cita Roxin, na legítima defesa, são os princípios da autodefesa e da proteção à ordem jurídica que fundamentam a regulamentação legal. Isso significa: todos têm o direito de se defender contra agressões proibidas de forma que não sofram dano. Mas

¹⁷ HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 9.

¹⁸ Nesse sentido, comenta Fernando Galvão que: "A licitude da conduta lesiva ao bem jurídico somente poderá ser afirmada quando tal lesão for absolutamente necessária para proteger outro bem jurídico considerado como igual ou mais valioso. [...] Nesse caso, o sentido da ordem jurídica indica a tolerância social em relação à conduta que protege o interesse considerado preponderante". GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362-363.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación: In: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

²⁰ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik* [...] cit., p. 26.

também, quando houver a possibilidade de escapar da agressão, pode-se exercer a legítima defesa.

Portanto, resta claro que as causas de justificação possuem papel relevante de um espaço para a solução de conflitos, uma vez que podem dirimir conflitos à luz de uma política criminal voltada à proteção dos bens jurídicos, bem como aos princípios ordenadores do conteúdo das causas de justificação.

Nesse diapasão, a aplicação da sanção penal nem sempre é a mais adequada ao caso concreto, devendo o operador do direito realizar profunda reflexão a respeito das causas de justificação junto a teoria do delito e, ponderar, o que é mais relevante para a proteção do bem jurídico e pacificação social, se a sanção penal aleatória e, muitas vezes, uma mera “inocuidade” temporária e parcial do agente apenado, ou a aplicação de uma causa de justificação que visa a harmonização individual e pacificação social.

3 AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO COMO SITUAÇÕES DE FATO

Em geral, os ordenamentos jurídicos contêm previsões legais de causas de justificação de caráter descritivo-material.

O fundamento da justificação repousa, em regra, no plano de uma situação concreta de emergência que coloca o agente na difícil posição de optar por duas condutas igualmente desvaliosas, segundo sua avaliação pessoal do contexto, e considera-se, em geral, justificada a ação empreendida para a salvaguarda de interesses preponderantes.

Estas circunstâncias podem ser classificadas como *causas de justificação materiais*, porquanto relacionadas a uma situação de fato concretamente instaurada.

As hipóteses doutrinária e legislativamente consagradas de modo geral,²¹ ao menos nos sistemas penais do *civil law*, são quatro, as mesmas elencadas na parte geral do Código Penal brasileiro: a legítima defesa (art. 25), o estado de necessidade (art. 24), o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito (art. 23).

A legítima defesa é reconhecida como um direito à reação imediata de caráter defensivo contra uma agressão injusta de terceiro. De distintos modos as legislações buscam

²¹ Por exemplo, os arts. 51, 52 e 54 do Código Penal italiano, elencados ao lado do consentimento da vítima. O consentimento também aparece entre as formas clássicas de justificações do Código Penal português, nos arts. 32 a 39. Ao lado das justificações clássicas, no Código Penal espanhol figura o chamado “medo insuperável”, reunidos todos às causas de exculpação no art. 20. Também figuram reunidas justificações e exculpações em modelo semelhante no art. 34 do Código Penal argentino.

estabelecer os limites da atitude defensiva, dentro de um quadro de ponderação a respeito da razoabilidade dos meios empregados para defender-se.

A ideia deriva do fato de que, presente a situação de emergência com caráter claro de injustiça, não é lógico exigir que o atacado aguarde por uma intervenção protetora de parte do Estado, que pode tardar em cristalizar-se.

Do mesmo modo o estado de necessidade revela-se como situação emergencial, agora já não tendo por fonte uma agressão que possa ser qualificada normativamente como injusta, mas sim um risco concreto para um bem jurídico cuja preservação implica, não obstante, sacrifício de outro bem jurídico.

Novamente está presente o quadro de ponderação e razoabilidade, que faz o recorte do espaço da justificação.

No que tange ao estrito cumprimento do dever, tal norma permissiva constitui uma exigência de ordem lógica que traduz a “válvula de escape” contra eventual esquizofrenia do sistema que possa prever um dever que constitua, ao mesmo tempo, violação de outro. No conflito entre deveres, um deles funciona como escusa ao descumprimento do outro.

Finalmente, o abrigo da compreensão geral de que se permite atuar até o limite do que não se proíbe inclui uma distensão: as normas que contemplam afirmações de direitos.

Fora do âmbito das normas que correspondem ao binômio proibição/permissão, há uma série de outras, em especial fora do sistema punitivo, que tem o caráter de afirmar direitos.

A prescrição destas normas abre brechas no sistema de controle que obedece também a uma construção de ordem lógica, já que o que está prescritivamente permitido não pode estar, ao mesmo tempo, prescritivamente proibido.

Daí que o exercício dos direitos, dentro de seus limites legais, afaste a ilicitude.

4 A NECESSIDADE POLÍTICO-CRIMINAL DE CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO ESPECÍFICAS

As regras gerais, no entanto, por muito abrangentes que sejam, não conseguem cuidar de todos os casos, como bem demonstra a abertura necessária a causas supralegais de justificação.

Não obstante, há concretos espaços em que o ordenamento jurídico percebe a existência de situação concreta cuja excepcionalidade tende a repetir-se e que política e criminalmente exige o reconhecimento de uma permissão.

Nesses casos, o sistema não permanece inerte, à espera de absorção da casuística pelo mecanismo de equiparação supralegal, senão que, ao contrário, lança-se à confecção de causas de justificação especialmente destinadas a uma figura delitiva ou a um grupo de delitos.

Tomando o Código penal brasileiro, tais hipóteses aparecem, por exemplo, no caso do art. 128, relacionado ao aborto, e no caso do art. 142, relacionado aos crimes contra a honra.

No caso do art. 128, por exemplo, uma das situações previstas é o aborto quando a gestação é derivada de um estupro.

Compreende-se que há uma sequela psicológica grave para a mãe, derivada da condição de levar consigo por nove meses e, depois ainda, dar à luz o fruto de uma violência.

No caso do art. 142, os limites das ofensas à honra são distendidos, entre outros casos, pela necessidade de pleno exercício da ampla defesa em situações em que a parte ou seu procurador, em defesa do seu interesse em uma causa, termina por realizar uma aflição à honra.

Isso serve para demonstrar que, conquanto existam causas gerais de justificação, capazes de abranger todos os delitos de modo igual, é perfeitamente possível detectar situações específicas, muitas vezes relacionadas de modo exclusivo a um determinado tipo ou uma determinada classe ou grupo de tipos, que reclamam, igualmente, o estabelecimento de normas legais, positivadas, a respeito da justificação, dada a amplitude de abrangência que merece o recorte do âmbito de imputação.

Essas situações, em uma sociedade complexa como a atual,²² tendem a multiplicar-se e, como referem Hassemer e Larrauri,²³ "em muitos casos não existem mais normas sociais unívocas a respeito das quais fundar as normas jurídicas", em virtude de uma crescente "complexidade moral, técnica social e científica". Daí que não seja possível afirmar qual seria o interesse prevalente a reconhecer como apto a ser protegido, como é o caso da manipulação genética e da cura de doenças, da realização de obras públicas e da ofensa ambiental, e mais uma longa lista de *hard cases*.

²² A respeito da complexidade da sociedade *pós-moderna* ou da *modernidade reflexiva*, veja-se BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Tradução de Jorge Navarro et al., Barcelona: Paidós, 1998 e BERIAIN, Josexo; AGUILUZ, Maya (Ed.). *Las contradicciones culturales de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 2007.

²³ HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 10.

Ou seja, a complexidade da sociedade moderna conduz a situações-limite em que a própria uniformização de regras permissivas específicas dirigida a casos concretos é extremamente dificultada.

5 O PROCEDIMENTO COMO FÓRMULA DE JUSTIFICAÇÃO

E é justamente neste vácuo que se insere, a nosso sentir, a justificação procedimental.

Da mesma forma que a descrição de fato de uma situação específica relacionada a um tipo ou a um grupamento de tipos é capaz de demonstrar a existência de uma ponderação de interesses que pende em favor do afastamento da ilicitude do fato, há outros casos em que, não obstante a ponderação de interesses não tenha lugar, o recorte adequado do âmbito do ilícito decorre do ganho para bens ou interesses jurídicos decorrentes de uma fórmula estritamente procedimental.

Nestes casos, ao contrário da existência de um *contexto fático ou material* de justificação, o que existe é uma estrutura procedimental que oferece um ganho ao bem jurídico ou ao interesse jurídico capaz de superar a necessidade de afirmação do ilícito.

Na verdade, trata-se de ampliar o espectro de *princípios justificantes*, através da demonstração da possibilidade de reconhecer como autorizado pelo direito um comportamento ordenado procedimentalmente.²⁴

5.1 O caso do aborto na Alemanha

Hassemer dedicou preciso estudo²⁵ a respeito de uma decisão da Corte Constitucional alemã a respeito do aborto para discutir a existência de um espaço procedimental para a justificação.

A primeira proposição de amenizar as penas nos casos de aborto, e a possibilidade de a gestação ser interrompida nas primeiras 12 semanas, na Alemanha, ocorreu em 1º de fevereiro de 1975, através da decisão 39 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgerichts*, BverfGE), posicionamento este muito mal recepcionado, principalmente por entidades religiosas. O descontentamento social foi tão intenso que o grupo da União Democrata Cristã entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade, a qual

²⁴ Cf. HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 10.

²⁵ Trata-se de HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 15-20.

foi julgada procedente pela Corte alemã, através da decisão de 25 de fevereiro de 1975, que se resume ao seguinte:

A decisão de 25 de fevereiro de 1975 confirmou as “suspeitas”, a Corte declarou inconstitucional e em consequência nulo (*nichtig*) o § 218 do Código Penal por não ser coincidente com os artigos 2, parágrafo 2, oração 1 (direito à vida) em conexão com o artigo 1, parágrafo 1 (princípio de dignidade) ambos da Lei Fundamental (GG) devido a que despenaliza a interrupção da gestação quando não existem razões que tenham prioridade sobre a ordem de valores da Lei Fundamental.²⁶

Entretanto, a Corte alemã persistiu com sua luta para reduzir as taxas de aborto no país, viabilizando uma maior proteção aos bens jurídicos. Em 28 de maio de 1993, através de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, foi considerada constitucional a *Lei de ajuda à gravidez e à família*, dispositivo que consistia em “determinar uma regulamentação da interrupção da gravidez, com vigência em toda a Alemanha, suprimindo as diferenças jurídicas existentes entre as partes reunificadas da Alemanha.”²⁷ Tal legislação previa uma alteração nos §§ 218²⁸ e 219²⁹ do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*, StGB), que tratavam, especificamente, da problemática penal do aborto.

²⁶Resumo do caso por Geraldina González de la Veja. Disponível em <http://treboles.tumblr.com/post/10681890621/la-interrupcion-del-embarazo-en-alemania> Acesso: 17/02/2013.

²⁷ Disponível em: Resúmenes de información (Informatorische Zusammenfassungen) de la Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), cuaderno 9-10, 4. VI. 1993, págs. 1-3 (para la nota de prensa) y EuGRZ, Idem, pág. 229 (para las directrices). Traducción de Manuel Fontán del Junco.

²⁸ (1) O tipo penal do § 218 não se realiza quando:

1. a grávida solicita a interrupção da gestação e demonstra ao médico por meio de um certificado, segundo o § 219, inciso 2, frase 2, que ela se deixa assessorar pelo menos três dias antes da intervenção. 2. a interrupção da gestação é praticada por um médico. 3. desde a concepção não transcorreram mais de doze semanas.

(2) A interrupção da gestação praticada por um médico, com consentimento da grávida, não é antijurídica quando, de acordo com o conhecimento médico, seja necessária a interrupção para eliminar um perigo para a vida da grávida e o perigo de um prejuízo muito grave para sua saúde física ou anímica e quando este perigo não possa ser eliminado de outra maneira exigível para ela.

(3) Os pressupostos do inciso 2 se dão como cumpridos também no caso de uma interrupção da gravidez que foi praticada por um médico com consentimento da grávida quando, segundo o informe médico, se cometeu contra a grávida um dos fatos antijurídicos segundo os §§ 176 a 179 do Código Penal e existam razões fundadas para a crença de que a grávida se fundamentou no fato e que desde a concepção não transcorreram mais de doze semanas.

(4) A grávida não será castigada de acordo com o § 218, quando a interrupção da gravidez tenha sido praticada depois do assessoramento (§ 219) de um médico e desde a concepção não tenham transcorrido mais de 22 semanas. O tribunal pode prescindir do castigo segundo o § 218 se a grávida ao tempo da intervenção se encontrava em especial situação de urgência.

²⁹ § 219 Assessoria da grávida em situação de necessidade e conflito: (1) A assessoria serve para a proteção da vida pré-natal. Deve estar orientada pelo empenho em animar a mulher para continuar com a gravidez e abrir-lhe perspectivas para uma vida com o filho. A assessoria deve contribuir para que a mulher tome uma decisão responsável e conscientizada. Em relação a isto, a mulher deve ser consciente de que o nascituro tem, em cada estágio da gravidez, também frente a ela um direito próprio à vida e que por isso, segundo o ordenamento jurídico, uma interrupção da gravidez só se leva em consideração como uma situação excepcional, quando da gestação do nascituro resulta uma carga que é tão difícil e extraordinária para a mulher que ultrapassa o limite exigível de sacrifício. A assessoria pretende contribuir, por meio do conselho e da assistência, para que se supere a relação conflituosa existente com a gravidez e para eliminar uma situação de necessidade. Maiores detalhes estão regulamentados na lei de conflito na gravidez (*Schwangerschaftskonfliktgesetz*). (2) A assessoria deve efetuar-se de acordo com a lei de conflito na

Com essa emenda legal, passou a ser permitido o aborto realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez, desde que a mãe seja assessorada por um grupo de especialistas, que tem como principal intento a reconsideração do ato, por parte da mãe, mediante sessões que elucidem as consequências e riscos que podem advir da prática abortiva e que ressaltem os benefícios que o Estado pode conceder às famílias desestruturadas.

Com essas medidas, busca-se a cooperação da mãe, através do devido acompanhamento, para que os índices de aborto sejam reduzidos, como bem ressalta o seguinte excerto:

A Turma considera legal e constitucionalmente admissível que, para a proteção da vida humana do não nascido, o legislador escolha um modo de regulamentação que, na fase precoce de uma gestação, ofereça sobretudo orientação e ajuda para a mulher grávida em seus problemas de gravidez, a fim de obter a gestação do filho, e que, ao mesmo tempo, a notoriedade e os efeitos da consulta não impliquem uma ameaça penal para a interrupção da gestação que a mulher levará a cabo depois da consulta. [...] Se o legislador, mediante considerações defensáveis, chegar à conclusão de que lhe seria possível proteger com eficácia ao nascituro e a mãe na fase precoce da gestação, com base em buscar como aliada a mãe, ao invés de ameaçá-la com uma pena por uma ação que supõe uma infração da proibição de interromper a gestação, então poderia levar a cabo essa proteção mediante um regramento da consulta orientativa.³⁰

A discussão da legislação alemã proposta por Hassemer³¹ é no sentido da identificação, a partir da decisão da Corte constitucional, da existência de um espaço para a justificação penal que escapa do âmbito da mera afirmação material da tese geral de *prevalência do interesse superior* e passa a apresentar uma fundamentação diferente, subsidiária ou complementar, em formato completamente discursivo para a justificação.

5.2 A recente tratativa do aborto no Uruguai

Tal tratativa descriminalizante do tipo penal de aborto, mais recentemente, foi adotada pelo Uruguai, mais precisamente em 17 de outubro de 2012, ocasião em que o Parlamento uruguaio promulgou a Lei 18.987, que versa sobre novos casos em que o aborto deixa de ser antijurídico. Entra em cena, aqui, no panorama legislativo sul-americano, de

gravidez (Schwangerschaftskonfliktgesetz), através de uma entidade assessora para conflito na gravidez reconhecida com base na lei de conflito na gravidez. Esta entidade assessora deve expedir à grávida, ao término da assessoria, uma certificação a respeito, que contenha a data da última entrevista de assessoria e o nome da grávida, a teor da lei de conflito na gravidez (Schwangerschaftskonfliktgesetz). O médico que efetuou a interrupção da gravidez fica excluído como conselheiro.

³⁰ Resúmenes de información" (Informatorische Zusammenfassungen) de la Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), cuaderno 9-10, 4. VI. 1993, p. 145-146.

³¹ HASSEMER, Winfried e LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 14.

modo completamente inovador, uma justificação de carácter procedimental, que segue claramente os moldes da lei alemã de 1994.

A Lei 18.987 afasta a incidência das sanções previstas nos arts. 325 e 325 b³² do Código Penal do Uruguai, quando a mulher realizar o aborto dentro das 12 primeiras semanas de gestação, e desde que ela comprove que passou por um assessoramento com explicações sobre os riscos que o ato abortivo poder-lhe-ia causar e com informações sobre quais benefícios o Estado poder-lhe-ia prover, em casos de dificuldades.³³

Esses exemplos de justificações em países com realidades tão diferentes, Alemanha e Uruguai, permitem constatar que, não obstante a complexidade das relações da vida moderna, há um espaço de evolução para as normas permissivas, desde que estas não permaneçam atreladas a situações de fato que, por sua disparidade, são de difícil homogeneização. O caminho se abre pela via procedimental.

³² **Artículo 325.** (Aborto con consentimiento de la mujer): La mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión, de tres a nueve meses. **325 bis.** (Del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer): El que colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento con actos de participación principal o secundaria será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.

³³ Artículo 2º. (Despenalización).- La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gravidez. Artículo 3º. (Requisitos).- Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

El médico dispondrá para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con un equipo interdisciplinario que podrá ser el previsto en el artículo 9º del Decreto 293/010 Reglamentario de la Ley Nº 18.426, de 1º de diciembre de 2008, el que a éstos efectos estará integrado al menos por tres profesionales, de los cuales uno deberá ser médico ginecólogo, otro deberá tener especialización en el área de la salud psíquica y el restante en el área social.

El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.

En particular, el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable.

A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica.

Cualquiera fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de todo lo actuado en la historia clínica de la paciente.

6 AS BASES DA JUSTIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL

Hassemer, debruçando-se sobre a apreciação da decisão da Corte Constitucional alemã, sustenta que, embora tenha havido dissenso entre os julgadores³⁴ a respeito da natureza jurídica do instituído pelo dispositivo normativo, "vê-se, à primeira vista, que se trata de uma causa de justificação ('não é antijurídico') da lesão a um bem jurídico (morte de uma vida dependente) e que esta causa de justificação não responde aos cânones habituais."³⁵

Isto porque não se exige nenhuma prevalência de interesse preponderante, a constatação da justificação não depende de um juízo axiológico do magistrado e, finalmente, a decisão sobre a salvação ou lesão do bem jurídico é trasladada para a própria autora do fato.³⁶

Surge, portanto, em princípio, uma nova fórmula justificante.

O direito estaria aceitando qualquer decisão da mulher, desde que esta aceite o assessoramento. Esta fórmula seria reconhecida como a melhor maneira de oferecer proteção ao bem jurídico vida no caso do aborto.³⁷

A oposição geral que se formularia a esse modelo de justificação seria a necessidade da presença da salvaguarda de um interesse prevalente e a necessidade do reconhecimento judicial da justificação.

Ocorre que, no caso do aborto, bem como em vários outros casos da vida moderna (*hard cases*), há grande dificuldade na identificação do interesse que deve ser prevalente e a submissão ao assessoramento, como procedimento, antecipa ao tempo em que amarra a decisão judicial.

Hassemer³⁸ destaca parte importante do voto do Juiz Bockenförde, que chama a atenção para o fato de que a manutenção da afirmação de que os abortos assessorados sigam sendo antijurídicos contrasta com sua condição de serem conformes ao direito.

A questão toda se resume então ao reconhecimento de que, à margem da ponderação entre bens jurídicos e a despeito do reconhecimento de uma situação fática

³⁴ A maior parte dos julgadores, contraditoriamente, reconheceu a autorização do aborto nas condições previstas pela legislação, mas relutou em reconhecer a existência de uma situação de justificação, fulcrando-se nas razões tradicionais de que uma causa de justificação exige a salvação de um interesse prevalente e sua existência deve ser constatada no caso concreto pelo juiz penal. No entanto, Hassemer pondera que as opiniões discrepantes de alguns julgadores (especificamente Mahrenholz e Sommer) em favor da justificação é a tese que deve prevalecer, reconhecendo-se sua forma procedimental. In HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material...cit.*, p. 15-20.

³⁵ HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material [...] cit.*, p. 14.

³⁶ Cf. HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material [...] cit.*, p. 14.

³⁷ HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material [...] cit.*, p. 16.

³⁸ HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material [...] cit.*, p. 19.

exigente da ponderação judicial, seja possível reconhecer uma situação juridicamente justificada.

Nos dois casos, da legislação uruguaia e da legislação alemã, o que existe em comum é a presença de um procedimento, a que é submetida a mulher, por meio do qual a realização do aborto passa da condição de ilicitude para a condição de licitude.

Albin Eser³⁹ há tempos já apontava para um modelo de "discurso orientado às situações de necessidade" que, na visão de Hassemer,⁴⁰ retira sua força argumentativa justamente do esgotamento do modelo de intimidação através de um juízo de terceiros, passando para um modelo que se baseia na própria decisão do implicado.

O assessoramento, de fato, ocupa o centro da proteção de bens jurídicos e, quanto mais bem organizado for, melhor será o resultado produzido.

É claro que o modelo de intervenção penal aqui se modifica, pois já não se trata de uma persecução básica com o reconhecimento exógeno e *a posteriori* de uma eventual situação de justificação, senão que, ao contrário, se trata de franquear a justificação antecipadamente e permitir, com isso, a opção por este caminho para aquele que decide pela realização de um fato, em princípio, típico.

Na verdade, como bem refere Hassemer:

[não se trata de que] o direito penal seja quantitativamente menor ou qualitativamente menos severo. Significa que o direito penal se desloca do centro de proteção do bem jurídico para a periferia; protege o bem jurídico só de forma mediata: mediante a proteção do assessoramento e das condições de decisão, que, nesta concepção, são os que devem proteger imediatamente ao bem jurídico.⁴¹

Importa notar que não é apenas no âmbito do aborto que uma política criminal orientada à proibição, com mero reconhecimento tópico da exclusão de antijuridicidade pela via da análise judicial *a posteriori*, resulta ineficaz no sentido dissuasório, a despeito da identidade do bem jurídico. Os casos de contribuição para o suicídio, os casos de crimes relacionados ao uso de drogas, entre outros, teriam melhor tratativa, com redução de danos provocados pela intervenção penal, se aberta a via de justificação procedimental, com traslado da decisão para o âmbito do implicado.

³⁹ Aponta-se, como fonte, o artigo publicado por Eser como ESER, Albin. Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht: eine rechtspolitische Überlegungsskizze: In: _____. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, München: C.H. Beck, 1991, p. 291 e ss.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried e LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 22.

⁴¹ HASSEMER, Winfried e LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 24.

É óbvio que o esclarecimento real das consequências para o afetado pela decisão – especialmente, por exemplo, na questão do uso de drogas – resultaria mais exitoso do que uma política de repressão quanto à pretendida redução de ocorrências.

Importa notar, ainda, que a fórmula procedimental é obviamente mais exitosa não por um mero acaso, mas sim porque corresponde a um raciocínio retirado das bases filosóficas mais bem elaboradas.

A procedimentalização é a fórmula por excelência das teorias filosóficas e do conhecimento associadas à linguagem.

Uma ideia de procedimentalização não positivista visa não a afirmação retroativa de uma verdade a ser reconhecida e descrita, mas sim a produção de um resultado mais justo a ser, como tal, compreendido.

Daí que os critérios de justiça devam estar associados ao emprego do procedimento exemplar necessário para buscá-la: uma discussão comum, com igualdade de possibilidades de participação e crítica.⁴²

Ora, isso é exatamente o que ocorre na justificação procedimental. O chamamento, a convocação do implicado pelas consequências do reconhecimento da situação de ilicitude participa da decisão a respeito de se deve ou não sua conduta ser considerada ilícita, a raiz de sua própria escolha a respeito da submissão ou não ao procedimento que torna lícita a decisão típica.

Importa perceber, nesse contexto, que deixa de ser a questão de fato implicada que aciona a chave do controle penal, mas sim o descumprimento do procedimento que confere validade a tal controle.

A diferença crucial se estabelece no binômio inclusão/exclusão. Enquanto a justificação material impõe padrões exógenos de comportamento, admitindo a validade do controle por meio de uma chave cuja decisão não inclui aquele que sofre as consequências da coerção, a justificação procedimental impõe como condição de validade do controle a preservação do padrão de procedimento como fórmula discursiva que exige a participação e a inclusão com poder de decisão daquele que pode sofrer as consequências coercitivas.

Parece claro, do ponto de vista da política criminal, que o convite para o âmbito discursivo daquele contra quem se dirige o mecanismo de controle trabalha em sentido de diminuição das chamadas *cifras negras* de criminalidade.⁴³

⁴² Sobre o tema, veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebenheichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 247 e ss.

Ainda, a redução dos padrões de ilicitude implica necessária redução dos negativos efeitos do etiquetamento (*labeling approach*).

Do mesmo modo, com a definição procedimental do padrão de ilícito, impede-se o incremento dos paradigmas etiológicos da sua definição.

Hassemer⁴⁴ menciona que o reconhecimento de que o assessoramento da gestante, nos casos de aborto, conjuntamente com outras medidas, é a melhor forma de proteção da vida e que é preciso aceitar o resultado do assessoramento, ou seja, que o fato praticado sob sua égide está juridicamente justificado.

Importa ressaltar que a adoção de uma justificação procedimental em casos de aborto não supõe um abandono do bem jurídico, mas sim, pelo contrário, uma preservação de sua proteção, deslocando o âmbito de atuação do direito, para a fórmula da justificação.

Segundo Hassemer, não significa que:

O Direito penal seja quantitativamente menor ou menos severo, mas sim que se desloca do centro de proteção do bem jurídico para a periferia; protege o bem jurídico só de forma mediata: mediante a proteção do assessoramento e das condições da decisão, que nesta concepção são os que devem proteger imediatamente o bem jurídico.⁴⁵

Com efeito, ao permitir uma decisão esclarecida e consciente, associada à oportunidade de que o sistema de saúde proceda à intervenção, quando autorizada, abandonam-se dois fatores preponderantes na determinação da ocorrência de lesões contra o bem jurídico vida do nascituro: ignorância e clandestinidade.

É possível que, nos crimes sem vítima (p. e., uso de drogas) ou nos quais a vítima é impossibilitada de denunciar ou opta por não o fazer (p. e., aborto ou auxílio ao suicídio), a criminalização exista tão somente por critérios morais, religiosos, classistas, sexistas, racistas ou xenófobos (e não necessariamente jurídicos),⁴⁶ o que, em termos político-criminais, pode ser complicado ou até mesmo desfuncional sustentar, ainda mais considerando a capacidade

⁴³ Cf. a respeito, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminologia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 1.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried e LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 16.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried e LARRAURI, Elena. *Justificación material* [...] cit., p. 24.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Themis, 2004. p. 32, explica: “[...] A prevenção geral estabilizadora pode ter, com efeito, como diz MIR PUIG, ‘um sentido moralizante, de imposição mediante a coação da pena de uma adesão interna dos cidadãos aos valores jurídicos, e isto seria absolutamente impróprio de um direito penal de garantia do indivíduo’. [...] Com um entendimento da pena como prevenção integradora se pretende, em última instância, alcançar um consenso de maiorias que, como a experiência histórica demonstra, pode desembocar em um claro processo de fascistização social, no qual o indivíduo desaparece devorado por essa máquina terrível que é o Leviatã estatal.”

criminógena – e aqui mora o grande perigo da reação social – das instituições formais criminais.

Não há como negar que o mecanismo das causas de justificação consegue adaptar melhor a normatividade às adversidades que o Direito nem sempre pode prever e que, de certo modo, conseguem evitar minimamente o fenômeno do *labeling approach*. Não se valora como *homicida* aquele que se defende proporcionalmente em legítima defesa, nem como *canibal* aquele que sobrevive com carne humana para suprir um notório estado de necessidade e, segundo a legislação brasileira, *pode abortar* a mulher que, estuprada, engravide. Pontua-se, portanto, que as causas de justificação ampliam o controle do direito sem que ele seja necessariamente mais rigoroso e, em verdade, torna-o mais compreensivo por evitar a *ultima ratio* penal – eis o caso das *causas de justificação por procedimento*.

A permissão para aborto no Uruguai, como descrito nos tópicos anteriores, exige um procedimento tal que conduz a gestante a uma decisão mais próxima da racionalidade (com acompanhamento psicológico, terapêutico e médico especializado). O mesmo não aconteceria (nem acontece) com a criminalização total do aborto e nem mesmo com a sua descriminalização absoluta. Tal como o *caminho do meio* de Aristóteles, a justificação pelo procedimento é capaz de resolver um dos maiores impasses dos movimentos de descriminalização ou neocriminalização (ainda que o último não o reconheça de modo pleno): a tomada racional de decisão orientada em prol do bem jurídico.

PROCEDURE JUSTIFICATION AS AN OPTION TO A MINIMALIST PENAL LAW DEVELOPMENT

ABSTRACT

This article seeks to present and defend the formula of procedure justification as an instrument of modern dogmatic punitive system, through the expansion of possibilities of justification, in addition to the traditionally established paradigms of material justification. To this end, legislative solutions that has been adopted in this regard in other countries can serve as a paradigm in the solution of minimizing criminal intervention, not only to the same issues already experienced in the foreign legislations, but also to other cases in which criminal policy is wandering between absolute criminality solutions or abolishing it.

Keywords: Justification causes. Procedure justification. Minimum criminal law.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 1998.
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BERIAIN, Josetxo; AGUILUZ, Maya (Ed.). **Las contradicciones culturales de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 2007.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução de Paulo José da Costa Jr; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1.
- ESER, Albin. Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht: eine rechtspolitische Überlegungsskizze. In: _____. **Zeitschrift für Rechtspolitik**, München: C.H. Beck, 1991. p. 291-298.
- GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Tratado de Criminologia**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebenheichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. **Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1997.
- LISZT, Franz von. **Lehrbuch des deutschen strafrechts**. Berlin: W. de Gruyter, 1921.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. In: _____. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.
- MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Themis, 2004.

ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. Berlin: W. de Gruyter, 1973.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 148 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.