® BuscaLegis.ccj.ufsc.Br

A lei penal e o Estado Democrático de Direito: Uma exceção ao princípio da irretroatividade da "lex gravior"

Herman Lott *

Toda verdadeira Democracia tem sua sustentação em um sistema político organizado de forma a garantir o respeito à consagração constitucional dos Direitos Humanos fundamentais. Os mais básicos destes Direitos estão estreitamente ligados à tutela penal prestada pelo Estado. São direitos inerentes ao ser, ao indivíduo e, segundo acreditamos, independem mesmo da condição do homem como ser social, pois teriam precedência lógica ao Pacto.

Outros há que, decorrentes do Pacto Social, são sofisticações destinadas a garantir a inviolabilidade e a plena realização daqueles que decorrem da própria existência do homem no mundo e também integram a tutela penal, tais como o direito à segurança, à intimidade, à liberdade de expressão e de culto etc.

A liberdade que, desde seu conceito primário, mitigado necessariamente pela coexistência pacífica, até sofisticadas formulações, vincula-se, indissociavelmente, às formas possíveis de Democracia, tem sua realização máxima, embora relativa, nos modernos Estados Democráticos de Direito. Sua tutela penal se dá de forma dúplice, quase ambígua, com a proteção legal, **de um lado,** destinada a evitar ataques, por qualquer um, ao conjunto de direitos da pessoa, inclusive o direito de transitar livremente e, **de outro lado**, com a salvaguarda em face do poder punitivo do Estado.

Tal "salvaguarda" encontra sua fórmula ideal no *"nullum crimen, nulla poena, sine previa legem"*, elaborado por Anselmo Feuerbach, na redação do Código Penal da Baviera, em 1813, mas cujas origens são controvertidas, acreditando muitos a encontrarmos na

"Magna Charta" de 1215, sem olvidar de referências à exigência de previsão legal já na República Romana.

Fato incontroverso, entretanto, é que, a partir da Revolução Francesa, nas democracias ocidentais, a Reserva Legal foi inserida nas constituições e códigos penais e mereceu as interpretações mais abrangentes.

Ocorre que a habilidade do homem para fazer mau uso das instituições é tal que nem a norma mais salutar e mais cara ao Direito Penal escapou de ser subvertida e servir de anteparo aos abusos de Estados cujas ordens jurídicas contavam com reconhecimento da Comunidade Internacional, como se deu em relação aos massacres administrativos perpetrados na Alemanha Nazista e, mais recentemente, crimes praticados em nome do Estado nos países integrantes do extinto Bloco Comunista, sem pretendermos excluir fatos ocorridos nas recém-revogadas ditaduras latino-americanas.

A confirmar nossa assertiva, basta lembrar a perplexidade dogmática em que mergulhamos quando dos julgamentos de Nuremberg, considerados por muitos como injustificável atentado ao Direito Penal por não respeitar o Princípio da Legalidade Penal.

O mesmo se deu em Jerusalém, com o julgamento e condenação de Eichmann, quando foi rechaçada a observância ao Princípio da Legalidade, seguindo-se semelhante reação de juristas, mas ouvindo-se autorizadas vozes, como a de Hannah Arendt, com a sua "sentença" de que a observância do Princípio da Legalidade, no caso, afrontaria o mais elementar senso de justiça [01].

Ambos os Tribunais, de Nuremberg e Jerusalém, têm a particularidade de que trataram de casos considerados – a despeito de discussões cabíveis – crimes de guerra, tanto que foram acusados de praticarem a "justiça do vencedor", o que, ainda que severa crítica, alça seus temas a limites que extrapolam o do Direito Penal comum, no sentido do que é praticado por um Estado em relação aos indivíduos da sociedade que o forma.

O problema, sem dúvida, ganha complexidade quando o Poder Judiciário, constitucionalmente estabelecido em um Estado Democrático de Direito, afasta a observância rigorosa do Princípio da Legalidade para condenar um de seus cidadãos.

É o que, reservadas diversas considerações para adiante, ocorreu na atual Alemanha com os julgamentos dos responsáveis pelas diversas mortes e lesões sofridas por alemães

orientais na tentativa de cruzar a fronteira e alcançar o lado ocidental, como em relação ao episódio a que chamamos "Caso do Rio Spree", a seguir relatado.

"Na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972, o guarda fronteiriço era sentinela chefe de uma patrulha de fronteira, composta por ele e por outro soldado, lotada na orla de *Reichstag* e *Rudower Chausse*. A fronteira seguia aqui o curso do Rio Spree. Por volta das dez e meia da noite, um homem de 29 anos, natural de Berlim Oriental, havia saltado no Rio com a intenção de cruzá-lo a nado até a margem de Kreuzberg e chegar na zona ocidental da cidade.

Quando os guardas fronteiriços o descobriram, havia alcançado a metade do Rio. Como não reagiu à ordem dos soldados, estes, quase ao mesmo tempo, dispararam sobre ele a uma distância de uns quarenta metros. As metralhadoras estavam em posição de fogo contínuo [...]. Ambos dispararam sem apontar [...] não se pode refutar que os primeiros disparos foram de aviso. Os restantes disparos foram efetuados imediatamente depois. Ambos os soldados eram conscientes de que podiam ferir de morte o fugitivo, porém assumiram esta possibilidade afirmativamente. Depois das rajadas já não se pôde ver mais o nadador. Havia sido atingido por um disparo na cabeça e se havia afogado. Segue sem esclarecer-se de qual dos dois soldados proveio o disparo letal, mas, em qualquer caso, ambos atiraram com o objetivo comum de cumprir a ordem recebida em função de guarda e impedir a fuga" [02].

Os soldados agiram amparados pelo § 17.2.a da VoPog e ao comando do número 89 do regulamento de serviço 30/10, do Ministério Para a Defesa Nacional, para o ano de 1967, que estabelecia:

A patrulha [...] vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que nada atravesse a linha fronteiriça e de deter provisoriamente ou, se for o caso, abater, a quem transpasse ilegalmente a fronteira, assim como de garantir sob qualquer circunstância a proteção da fronteira estatal.

Observe-se que os soldados foram, na mesma noite dos fatos, promovidos e, no dia seguinte, condecorados com uma distinção por mérito e prêmio em dinheiro, resumindo-se a tal procedimento a reação estatal, sequer aventando-se, como parece óbvio, a possibilidade de submissão do caso a julgamento.

Com a reunificação da Alemanha, diversos homicídios praticados contra cidadãos da antiga RDA pelos guardas de fronteira, bem como as mortes provocadas por minas terrestres, foram levados a julgamento, como se deu no "Caso do Rio Spree".

Os Guardas submetidos a julgamento sofreram, em grau de recurso, a primeira derrota junto ao Tribunal Territorial de Berlim e recorreram, sucessivamente, ao Tribunal Superior Federal e ao Tribunal Constitucional Federal (TCF), onde foi, embora sob fundamentos diversos, mantida a condenação.

Resolución de la Sala II de fecha 24 de octubre de 1996:

1.a) La irretroatividad que prevé el inciso 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental (LF) es absoluta y cumple su función de garantizar el estado de derecho y los derechos fundamentales, gracias a su estricta formalización.

b) Ordena también que se continue aplicando la causal de justificación que regía legalmente al momento de cometer el delito, si esta ha sido suprimida al momento de tener lugar el juicio penal. No se resuelve de modo concluyente si el inciso 2 del artículo 103 LF también protege de igual manera la confianza em la continuidad de causales de justificación no escritas, y em todo caso hasta qué punto lo hace.

2. La estricta irretroactividad planteada por el inciso 2 del artículo 103 LF tiene su justificación relativa al Estado de derecho en el fundamento especial de confianza que contienen las leyes penales cuando son promulgadas por um legislador democrático, sujeto a los derechos fundamentales.

3. No hay tal fundamento especial de confianza cuando el representante del poder estatal excluye para el ámbito del ilícito criminal gravíssimo la punibilidad por medio de causales de justificación, y apartándose de las normas escritas, incita a tal ilícito favoreciéndolo y de este modo, desacata gravemente los derechos humanos, reconocidos em general por la comunidad de derecho interacional público. Entonces, debe dar um paso al costado la estricta protección de la confianza, prevista em el inciso 2 del artículo 103 LF." [03]

Ou seja, após ressaltar a validade absoluta do artigo 103, II, da LF e reconhecer a vigência da causa de justificação ao tempo dos fatos, decidiu o TCF que as sentenças recorridas não lesionavam direitos fundamentais, tampouco garantias fundamentais equiparáveis dos recorrentes, ao argumento de que tais aspectos têm que contar

fundamentalmente com que o Direito Penal satisfaça as exigências de justiça material, sendo este o pressuposto sobre o qual o Estado de Direito pode sustentar a estrita e absoluta proteção da confiança amparada pela regra da irretroatividade.

Logo, o fundamento especial da confiança na norma da irretroatividade desapareceria quando um Estado, que não respeita a democracia, a divisão de poderes e os direitos fundamentais, dita um direito extremamente injusto, o que evidentemente ocorre quando se cria uma causa de justificação para crimes gravíssimos e incita sua prática favorecendo seu agentes.

Tal exceção estaria restrita, entretanto, à singular circunstância da existência de uma causa especial de justificação, ditada por um Estado injusto, que encubra direito extremamente injusto, invertendo-se, nesta hipótese, a relação de prioridade entre a proteção da confiança e a justiça material, dado que, em dita circunstância, a confiança não desfruta de nenhuma proteção, devendo prevalecer a justiça material.

A definição de uma cláusula de exceção com tamanho rigor se explica na particularidade de que o TCF, apesar de haver se declarado, em outros casos, partidário da "Fórmula de Radbruch", nunca havia tratado de sua aplicação em Direito Penal, o que resultou também em certa hesitação ao fundamentar a decisão baseada nesta fórmula, a qual, na síntese de Alexy, diz que "direito extremamente injusto não é direito [04]".

Fundamentando a decisão, o TCF, ao contrário do TTB e do TSF, reconheceu que a causa de justificação existia e vigia plenamente, porém, é inaplicável ou inatendível atualmente, na vigência do Estado de Direito, o que, a nosso sentir, somente se explica se padecia de algum vício já na sua gênese, por contrariar uma cláusula latente em ordenamentos jurídicos de Estados injustos, invocável "a posteriori", em certos casos, contra atores de um Estado injusto.

Isso equivale a dizer que, mesmo na vigência de um Estado injusto, autoritário ou totalitário, ainda que reconhecido pela comunidade internacional, quando, não poucas vezes, são impostas normas extremamente injustas aos cidadãos, os preceitos de justiça material, embora calados, não estarão mortos e poderão orientar futuros julgamentos após a restauração do Estado de Direito.

Por outro lado, a pura e simples aplicação da Fórmula de Radbruch poderia gerar verdadeira quebra da validade estrita ou absoluta da irretroatividade da lei penal mais

gravosa, deixando margem a futuras interpretações que poriam em risco a proteção da segurança garantida pela norma.

A fundamentação do TCF procura resguardar com vigor a integridade do Princípio da Legalidade, pois limita a inaplicabilidade da norma da irretroatividade às causas de justificação injustas ditadas por Estado injusto, mas é inegavelmente casuística, pelo que merece críticas, sobretudo pela inafastável impressão, que toda decisão casuística acaba por deixar, de que novas decisões do mesmo cunho poderão ser tomadas em outras "situações completamente especiais", para usar o termo empregado pela Corte Constitucional.

De outro lado, o inegável "gosto" de contradição que fica é aspecto gravíssimo em face do correto entendimento de que a própria legitimação dos Tribunais Constitucionais decorre da racionalidade de suas decisões. Não obstante, como certamente diria Arendt, a aplicação estrita do princípio da legalidade, também neste caso, ofenderia "o mais elementar senso de justiça [05]". Ou diríamos, o reconhecimento da validade estrita ou absoluta da irretroatividade deixaria ao desamparo a justiça e nossas mais profundas convicções do que esta representa.

Com isto queremos dizer que não enxergamos outra solução possível para o julgamento dos sentinelas do Muro de Berlim; porém, entendemos que a ordem jurídica teve que escolher entre dois males: dar primazia ao princípio da legalidade, permitindo passar em branco as graves violações ao direito à vida praticadas na RDA, ou preferir a justiça material, assumindo o prejuízo imposto ao valor moral da segurança jurídica representada no princípio da legalidade.

Apoiamo-nos em Nilo Batista, que, comentando o princípio da legalidade penal na Ordem Constitucional brasileira, assevera que "tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade [06]". *Aos fatos passados, as soluções possíveis*! O problema que agora se põe diz respeito à história, não porque são fatos passados, mas exatamente porque eles se passaram. Conforme Arendt:

Faz parte da própria natureza das coisas humanas que cada ato cometido e registrado pela história da humanidade fique com a humanidade como uma potencialidade, muito depois da sua efetividade ter se tornado coisa do passado [07].

Tal como é comum a atualização da legislação segundo as orientações doutrinárias e jurisprudenciais, que têm o privilégio de reconhecer à norma o conteúdo que lhe oferecem

os fatos e valores histórico-culturais e, por isso mesmo, acabam servindo de modelo ao legislador, também um modelo político-constitucional pode e deve submeter-se a atualizações que visem à preservação do Estado de Direito.

Reale salientou "a importância do fenômeno da **objetivação** como um dos esteios sobre que se funda a vida social, possibilitando a aquisição, a conservação e a transmissibilidade dos valores, asseverou que não fosse o homem capaz de projetar, para fora de si, em obras e serviços, conferindo-lhes como que existência autônoma, os produtos e os resultados de sua intencionalidade criadora, não haveria sequer possibilidade de história [08]", para assim complementar:

Ora, é no processo universal de objetivação do espírito que devem ser situadas as formas de objetivação do direito, não sendo a **imperatividade jurídica**, isto é, a **heterônoma determinação axiológica das regras do direito**,mais do que uma exigência daquele processo de objetivação total, que implica a existência de instrumentos estruturais de garantia para os bens objetivados e de preservação da liberdade requerida para serem objetivados novos bens [...] [09].

Sem pretender olvidar as profundas implicações ontológicas da lição do grande Mestre, sentimo-nos animados a propor a objetivação dos valores revelados na controvertida decisão em comento, buscando aparar a aresta que restou evidenciada no confronto entre talvez os dois princípios de mais alta magnitude para o Direito, o da segurança jurídica e o da justiça material.

Uma solução legislativa visando evitar tamanho duelo no Direito deverá acompanhar, porque acertada, a idéia de que o princípio da legalidade, sobretudo no aspecto da irretroatividade, projeta o "fundamento especial de confiança que contêm as leis penais quando são promulgadas por um legislador democrático, sujeito aos direitos fundamentais", de forma que deverá salvaguardar o Estado Democrático de Direito com a previsão expressa de sua irrevogabilidade – sem dúvida a cláusula constitucional com maior pretensão de permanência, sob pena de fatos futuros francamente atentatórios aos Direitos Humanos Fundamentais, cuja punibilidade se exclua por revogação ou criação de causas de justificação, para âmbitos parciais, por um Estado de exceção e em seu exclusivo interesse, não poder contar com a validade absoluta da cláusula de irretroatividade.

Outra vez recorremos ao nosso grande Mestre Reale, talvez mais para nos socorrermos contra a visão parcial de confundirmos a sugestão com pretensioso delírio de querer decretar a ilicitude de Regimes que talvez nunca mais ousem impor-se pela força.

Essencial é reconhecer, por outro lado, que, se a experiência jurídica não prescinde do poder, os homens se tornam cada vez mais conscientes dos riscos que ele comporta, sendo legítimo o sistema de precauções tendente a evitar abusos e desvios de autoridade [10].

A preocupação com as possibilidades jurídicas de um Estado de exceção, que, por natureza, faz pouco caso do Direito quando lhe convém e o invoca com altivez e severidade quando lhe aproveita, não foge da constatação acima transcrita de Hannah Arendt. *A História se repete*. A esta altura, evidencia-se nossa intenção de utilizarmos a breve análise do caso do "Rio Spree" para propormos a providência possível e recomendável à garantia de vigência do próprio Estado Democrático de Direito – a garantia de nossas garantias –, frente às sempre presentes possibilidades de recrudescimento do regime. A previsão expressa de que a cláusula de irretroatividade não estenderia sua validade absoluta a fatos ocorridos na vigência de regimes de força sem dúvida aplacaria a discussão e, quem sabe, até mesmo inibisse eventuais intenções antidemocráticas.

Para concluir, dizemos que a decisão do TCF não fere, em sua essência, o Princípio da Legalidade e seu Sub-Princípio da Irretroatividade da Lei Penal mais gravosa que, como as regras jurídicas em geral, encontram limites em seus fundamentos materiais, que necessariamente são extraídos da noção de justiça material; que o Princípio da Legalidade e a Irretroatividade têm validade absoluta ou estrita incondicionada no período de vigência do Estado Democrático de Direito, onde a sociedade dispõe de meios jurídicos e políticos para anular normas injustas e fazer respeitar os Direitos Humanos; e, por fim, que a previsão expressa de irrevogabilidade do Estado Democrático de Direito e a exceção expressa à validade absoluta ou estrita da cláusula de irretroatividade, nos termos acima admitidos, evitaria possível conflito futuro entre segurança jurídica e justiça material.

Notas

[01] RIBAS, Christina Miranda. *Justiça em Tempos Sombrios*, A Justiça no Pensamento de Hannah Arendt. Ponta Grossa: UEPG, 2005, p. 46.

[02] ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com./serlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa2309.pdf. , 2000, p 198.

[03] Cf. disponível em <http://tam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado>.

[04] ALEXY, 2000, p.220.

[05] ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém:* um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 313.

[06] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raul. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.203.

[07] ARENDT, 2006, p.295.

[08] REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 133.

[09] REALE, 1968, p.134.

[10] REALE, 1968, p.134.

*Herman Lott - promotor de Justiça em Minas Gerais, professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG)

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11178
Acesso em: 25 de abril de 2008.