

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO**

**HERMAN LOTT**

**UMA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
IRRETROATIVIDADE DA *LEX GRAVIOR***

Rio de Janeiro  
2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**HERMAN LOTT**

**UMA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
IRRETROATIVIDADE DA *LEX GRAVIOR***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização *stricto sensu* em Estado, Direito e Cidadania.

Orientador: Professor Doutor Juarez Tavares

Rio de Janeiro  
2006

**HERMAN LOTT**

**UMA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA *LEX GRAVIOR***

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Gama Filho.

Rio de Janeiro, 2006

---

Professor Doutor Juarez Tavares - Orientador

---

Professor Doutor Francisco Mauro Dias

---

Professor Doutor Cláudio Pereira de Souza Neto

Ao Tempo, sempre condescendente, por me permitir aqui chegar sem privar-me do vital convívio da Márcia, minha mulher, Juliana, Rodrigo e Gustavo, meus queridos filhos, e da “Bebela”, minha netinha.

**Ao Prof. Juarez Tavares, pelas palavras de  
profundo significado.**

## RESUMO

A escolha de uma exceção ao princípio da irretroatividade da *Lex Gravior* tem por finalidade apontar fundamentos capazes de justificar a mitigação do maior dogma do Direito Penal moderno que não resistiu aos fatos e foi, sob argumentos diversos mas não totalmente convincentes, afastado em Nuremberg, Jerusalém e, mais recentemente e com maior freqüência, nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha unificada, oportunidades em que foram condenados os executores e seus superiores hierárquicos pelas mortes de centenas de cidadãos da antiga República Democrática Alemã que tentaram escapar das fronteiras do bloco comunista e ingressar no lado ocidental. Para tanto utilizamos um caso-modelo, extraído do texto intitulado “Derecho Injusto, Retroactividad Y Principio de Legalidad Penal”, de Robert Alexy, que apresenta os pontos polêmicos comuns necessários e proporciona uma solução generalizante.

**Palavras-chaves:** Positivismo Jurídico. Princípio da Legalidade. Irretroatividade. Jurisdição Constitucional. Segurança Jurídica. Justiça Material. Direito Injusto. Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

The Choice of an exception to the irretroactivity principle of the “Lex Gravior” has the purpose of identifying fundamentals capable of justifying the mitigation of the greatest dogma of the modern Penal Law, which could not resist the facts and were, undermined by a series of totally unconvincing arguments, neglected in Nuremberg, Jerusalem and, more recently and more frequently, in the trials at the Federal Constitutional Court of unified Germany. On these occasions the executors and their seniors in the hierarchical order were condemned for the slaughter of citizens of the ancient German Democratic Republic Who tried to escape from the communist bloc to the west side of the country. To conduct this study we made use of a case extracted from a passage titled “Derecho injusto, Retroactividad y Principio de Legalidade Penal”, by Robert Alexy, which presents the common polemic issues necessary for a generalizing solution.

**Key Words:** Jurical Positivism. Legality Principle. Irretroactivity. Judicial Review. Jurical Safety. Material Justice. Unfair Rights. Human Rights. Legal Democratic State.

## LISTA DE ABREVIATURAS

**DDR-StGB** – Código Penal da República Democrática Alemã

**LF** – Lei Fundamental

**RDA** – República Democrática Alemã

**RFA** – República Federativa da Alemanha

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**TCF** – Tribunal Constitucional Federal

**TSF** – Tribunal Supremo Federal

**TTB** – Tribunal Territorial de Berlim

**VoPog** – Lei Sobre as Funções e Competências da Polícia Popular Alemã

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>10</b>
2.1 Considerações iniciais .....	10
2.2 Evolução histórica – breve relato.....	10
<b>3 FUNDAMENTOS .....</b>	<b>13</b>
<b>4 A IRRETROATIVIDADE ABSOLUTA DA LEI MAIS GRAVOSA.....</b>	<b>20</b>
<b>5 O POSITIVISMO JURÍDICO-PENAL .....</b>	<b>22</b>
<b>6 O POSITIVISMO JURÍDICO-PENAL ENTENDIDO COMO POSITIVAÇÃO DE VALORES ARBITRÁRIOS.....</b>	<b>26</b>
6.1 Breve incursão histórica.....	26
6.2 O positivismo jurídico-penal moderno .....	30
<b>7 UMA CRÍTICA INSPIRADA EM MIGUEL REALE .....</b>	<b>35</b>
<b>8 A CRISE DO POSITIVISMO .....</b>	<b>40</b>
<b>9 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>45</b>
9.1 Breve comentário .....	45
<b>10 AS DECISÕES DAS CORTES ALEMÃS .....</b>	<b>52</b>
10.1 A Conduta dos Guardas Fronteiriços.....	52
10.2 A sentença do Tribunal Territorial de Berlim .....	54
10.3 A sentença do Tribunal Supremo Federal.....	55
10.4 A sentença do Tribunal Constitucional Federal e a fórmula de Radbruch.....	57
<b>11 NOSSA POSIÇÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>12 UMA SOLUÇÃO PARA O FUTURO.....</b>	<b>65</b>
<b>13 CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Nosso trabalho tem por base o texto “DERECHO INJUSTO, RETROACTIVIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL – *La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin*”, no qual, Robert Alexy<sup>1</sup> comenta as decisões progressivas do Tribunal Territorial de Berlim, Tribunal Supremo Federal e Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, cada um com sua fundamentação, condenaram os sentinelas do Muro de Berlim, bem como as autoridades responsáveis que, na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972, mataram um cidadão da Alemanha Oriental que tentava fugir para o lado ocidental atravessando, a nado, o Rio Spree.

As decisões, a par de inevitavelmente orientarem os julgamentos de centenas de casos análogos, levantam relevantes questões sobre legitimidade e justiça das condenações e envolvem temas como culpabilidade e **irretroatividade da lei penal mais gravosa**.

É sobre este último tema, a irretroatividade, com todas as suas conseqüências na integridade dos Princípios da Segurança Jurídica e da Justiça Material, que desenvolvemos nosso trabalho para, ao final, comentarmos sobre as decisões, a posição de Alexy e propormos aquela que seria, a nosso sentir, a solução ideal.

Por razões evidentes, anexamos cópia do texto de Alexy e da decisão do Tribunal Constitucional Federal.

---

<sup>1</sup> Professor na Universidade de Kiel, Alemanha, responsável por várias obras difundidas mundialmente, como, **v.g.**, sua Teoria da Argumentação Jurídica.

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 2.1 Considerações iniciais

O presente capítulo pretende apresentar uma breve visão histórica do advento e evolução do Princípio da Legalidade que, como sabemos, abrange a **irretroatividade da lei penal mais gravosa**, com abordagem sobre a razão de sua elevação a fundamento maior do Direito Penal moderno materializado nos Códigos Penais da grande maioria das Democracias Constitucionais do mundo ocidental.

### 2.2 Evolução histórica – breve relato

Segundo Néelson Hungria<sup>2</sup>, o direito penal romano conheceu o *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>3</sup> quando o tribunal popular, formado pelo governo dos magistrados em conjugação com o tribunal do povo, foi substituído pelo processo das *quaestiones* e a competência para os julgamentos penais sofreu gradativa transferência para o tribunal dos jurados<sup>4</sup>, onde se exigia definição prévia de uma ação como criminosa para que fosse possível sua punição<sup>5</sup>, garantia que perdurou até a vigência do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial,

---

<sup>2</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed., v.I, Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.24.

<sup>3</sup> Apesar de cunhado em latim, é ampla a aceitação de que a expressão é de autoria de Anselmo Feuerbach, conforme já admitia Delitala (*Criteri direttivi del nuovo Codice Penale, in Riv. Ital. Di diritto penale, 1935, p.585*): “Il latinetto del ditterio – nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali – non deve trarre in inganno: è latino moderno, di marca teutonica, poiché è **Anselmo Feuerbach** che ha, per primo, rivestito il principio com la toga romana”. Cfr. HUNGRIA, 1953, p.35.

<sup>4</sup> Para mais informações sobre as *Quaestiones* (Tribunal Penal) e o Direito Penal romano, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. v.I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p.336.

<sup>5</sup> ZAFFARONI afirma, na obra citada, p.135, que o *nullum crimen sine lege* era desconhecido no direito romano, mas na mesma obra, p.337, ao tratar das *Quaestiones*, assevera que: *Esta publicitación de delitos consituye un importante progreso, porque nos hallamos com tipos, penas y procesos regulados por ley [...]*.

tempo em que as garantias peculiares do princípio da legalidade passaram a conviver com a possibilidade, ainda que excepcional, da analogia.

A situação foi mais grave na Idade Média, período que permitiu o *plenum arbitrium* dos juízes<sup>6</sup>, ou, nas palavras do Mestre, “foi a idade de ouro das penas arbitrarias”, a despeito de movimentos contrários, embora tímidos, na Itália de Farinacio<sup>7</sup>. Enxerga Hungria, entretanto, notável exceção no Direito inglês, onde “madrugou, para o direito positivo, o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas”<sup>8</sup>, ínsito no artigo 39 da *Magna Charta* do Rei João<sup>9</sup>.

Esta versão da história fez escola na doutrina pátria. Zaffaroni, entretanto, como se infere de suas palavras, diverge:

*Soler afirma que el principio de legalidad proviene de la Carta Magna, pero basta leer la fórmula de este texto, citada por el mismo autor, para percatarse de que no parece ser así. Ese texto decía: ‘Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado, o proscripto, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley del país’. En lo que Soler parece*

se

nuevos delitos mediante el desarrollo de leyes antiguas, fue rechazada, porque se le objetó que: a) en una sociedade democrática los delitos deben ser creados por la legislatura; b) hay peligro de que la creación de nuevos delitos bajo el pretexto del desarrollo de antiguas leyes promueva incertidumbre respecto de la extensión de la regla legal; c) la existencia de una facultad judicial para crear nuevos delitos contraviene el principio de que no se debe penar por actos que no eran criminales cuando se cometieron. El principio está contenido em la máxima latina **nulla poena sine lege** y se llama a veces 'principio de legalidad'. Es más importante para la libertad del individuo que otros principios, tales como la **mens rea** y la regla de que la culpabilidad debe ser probada fuera de toda duda razonable, que se discuten con más extensión en más detallados libros de derecho penal. Afortunadamente, la creación judicial de delitos ya no es posible, desde que en 1972, la Cámara de los Lordes, en **Knulier ltd. V. Director of Public Prosecutions**, unánimemente rechazó la existencia de un poder residual en las cortes para crear nuevos delitos o ampliar los existentes y hacer punibles conductas de un tipo anteriormente no sometidas a pena'.<sup>11</sup>

A considerar, então, que apenas recentemente foi abolida a faculdade das cortes inglesas de criar novos delitos, parece assistir a razão ao Autor argentino.

De toda forma, como é de conhecimento geral, a ampla adoção do Princípio da Legalidade se deu mesmo com a difusão do pensamento iluminista de Locke, Rousseau, Montesquieu e principalmente Beccaria (1738-1794), cujas idéias foram melhor difundidas por Voltaire, materializando-se no Congresso da Filadélfia (1774) e na Constituição Federal americana (1787), que trouxe expressa a irretroatividade da lei penal e acabou por influenciar, através de Lafayette, sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tornando-se dogma da democracia e se reproduzindo nos códigos penais que se sucederam.<sup>12</sup>

Em nosso país, o Princípio da Legalidade, por inspiração na revolução francesa, teve registro na Constituição do Império (1824), que em seu artigo 179, II, preceituava que “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”, dispositivo que foi reproduzido, com pequenas alterações, nas Constituições posteriores.<sup>13</sup>

Em obediência às respectivas Constituições que os regiam, os Códigos Penais de 1830, 1890 e 1940 reproduziram textos normativos em consonância com o Princípio da Legalidade, de cuja evolução técnica resultou a redação do artigo 1º do Código Penal vigente e do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, 1998, p.133.

<sup>12</sup> Informações mais detalhadas em HUNGRIA, 1953, p.31 ss.

<sup>13</sup> HUNGRIA, 1953, p.36.

### 3 FUNDAMENTOS

No Brasil, o Princípio da Legalidade está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal – “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e reforçado no inciso XL – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

No dizer de Hungria:

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. **Sub specie juris**, não existe crime ‘sem lei anterior que o defina’, nem pena ‘sem prévia cominação legal’. **Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali**. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica<sup>14</sup>), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las (g.n.). Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo ao **minimum** de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte **objecti** e a parte **subjecti**, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal.<sup>15</sup>

Frise-se que não se pode fazer distinção entre o Princípio da Legalidade no Brasil e nas demais Democracias Constitucionais, pois, consoante Francisco de Assis Toledo:

[...] esse princípio já se encontra na Magna Charta Libertatum<sup>16</sup> (século XIII), no Bill of Rights das colônias inglesas da América do Norte e na Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, da Revolução Francesa, de onde se difundiu para os demais países.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Uma análise detalhada sobre a natureza da chamada Política Criminal encontramos em ZAFFARONI, 1998, p.149 ss.

<sup>15</sup> HUNGRIA, 1953, p.11.

<sup>16</sup> Sobre esta afirmação, ver posição de Zaffaroni no item 2.2. deste trabalho.

<sup>17</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.21.

Ou nas palavras de Hungria:

Os **Códigos Penais modernos** (g.n.), segundo um conceito aparentemente paradoxal de von Liszt, são a '**Magna Charta libertatum**' dos delinquentes. O princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. **Permittitur quod non prohibetur**.<sup>18</sup>

Observe-se que não há qualquer contradição em Hungria ao concordar com Gierke em que a lei apenas expressa o que já existe ou deve existir na consciência de cada indivíduo<sup>19</sup>, daí a regra *ignorantia juris nocet*<sup>20</sup>, pois ressalva que:

[...] a gênese social ou pré-legal dos deveres jurídicos não afasta a necessidade de se traçar um limite aos mandatários do Estado na aplicação da justiça penal. Antes da seleção legal (normativa) dos fatos lesivos do **mínimo ético** que o direito penal tutela, não se pode impor coativamente, **sub poena**, quanto a eles, um dever jurídico de abstenção.<sup>21</sup>

Para, logo após, alertar:

Com a abolição do sistema de enumeração taxativa dos crimes ou com a licença para o **arbitrium iudicis** ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de penas, não poderia ser coibida, nos seus requintes e caprichos, a sensibilidade ético-social dos juízes criminais, que seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira.<sup>22</sup>

Não por outra razão assevera Toledo que o Princípio da Legalidade, "[...] funda-se na idéia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado".<sup>23</sup>

Em consonância, Zaffaroni ensina:

---

<sup>18</sup> HUNGRIA, 1953, p.12.

<sup>19</sup> Toledo não haveria de concordar com Hungria, como se vê em suas palavras: "[...] no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo [...]". TOLEDO, 1994, p.29.

<sup>20</sup> HUNGRIA, 1953, p.13.

<sup>21</sup> HUNGRIA, 1953, p.13.

<sup>22</sup> HUNGRIA, 1953, p.13.

<sup>23</sup> TOLEDO, 1994, p.22.

La legalidad obedece a um requerimiento de la seguridad jurídica, porque la ley penal – que tiene por función, junto con todo el derecho, proveer a la seguridad jurídica – no puede atacarla afectando su aspecto material y subjetivo, sembrando la incertidumbre acerca de lo prohibido y de lo punible. Un orden penal que no permita saber qué es lo prohibido y punible, no provee a la seguridad jurídica, sino que la destruye.<sup>24</sup>

Aliás, o renomado Professor de Buenos Aires dispensa grande esforço na demonstração de que a função do Direito Penal não é outra que não a *seguridad jurídica*<sup>25</sup>, e esclarece:

La función de seguridad jurídica no puede entenderse, pues, en un sentido distinto que en el de aseguramiento de la co-existencia [...] Pero la seguridad jurídica no es un concepto simple, sino complejo, configurando el efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos sólo su aspecto objetivo, que si bien resulta ser el substrato necesario de la misma, no es en modo alguno suficiente. Para la realización de la elección existencial no basta con poder disponer efectivamente de ciertos entes, sino que también se requiere tener la certeza de esa efectiva disponibilidad. La efectiva disponibilidad es el aspecto objetivo de la seguridad jurídica, pero él se completa con un aspecto subjetivo, que es el sentimiento de seguridad jurídica.<sup>26</sup>

Para salientar adiante:

La capacidad del aspecto objetivo de la seguridad jurídica para satisfacer al aspecto subjetivo de la misma, dependerá siempre de los requerimientos del último, cuya cuantía es un problema que deberá resolverse siempre a la luz de la cultura. De allí que la respuesta a este interrogante siempre sea histórico-culturalmente condicionada.<sup>27</sup>

La seguridad jurídica es buscada por todo el orden jurídico, y cada rama del derecho provee a ella, puesto que la seguridad jurídica es un fenómeno complejo, que presupone condiciones materiales, pero que en definitiva se resuelve en el plano espiritual. **La seguridad jurídica se traduce en la certeza de que podré disponer de lo necesario para vivir, para conservar mi salud, para ejercer mi profesión, para crear una familia, para educar a mis hijos, para disfrutar los valores estéticos, para expresar lo que pienso, etc. [...] sin que nadie me prive o perturbe innecesaria o arbitrariamente.** De allí que todo el derecho provea a la seguridad jurídica y, por supuesto, también el derecho penal.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> ZAFFARONI, 1998, p.140.

<sup>25</sup> Sobre a discussão sobre se a função do Direito Penal é prover a segurança jurídica ou a defesa social, consultar ZAFFARONI, 1998, p.43 ss.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, 1998, p.45.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, 1998, p.46.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, 1998, p.55.

Se a verdade é que a legalidade obedece a um requerimento de segurança jurídica, entendida esta como função do Direito Penal, e cremos que assim o seja, pois, em última análise, é o que se extrai da lição dos mestres, o princípio que a consagra estará inarredavelmente vinculado ao conjunto de condições que hoje culturalmente se impõem como essenciais para proporcionar o sentimento de segurança jurídica ao cidadão.

Encontramos, pois, o que podemos chamar de conteúdo material do Princípio da Legalidade em nosso contexto cultural<sup>29</sup>, frisando que, quando nos referimos ao “nosso contexto cultural”, não podemos olvidar que ele se desenvolve em uma sociedade intencionalmente regida pelo Estado Democrático de Direito que preza, antes de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Não cabe aqui discutir se as condições ótimas se fazem presentes (é sabido que não), pois de qualquer forma a vigência do Estado Democrático de Direito, sempre um ideal a ser alcançado, força a que toda interpretação se submeta às suas bases.

Sempre atento aos ideais de liberdade e dignidade da pessoa humana, Assis Toledo, após demonstrar os quatro desdobramentos do Princípio comentado<sup>30</sup>, neles vislumbra a construção da denominada “função de garantia da lei penal”<sup>31</sup>.

**O Fundamento e a Função apontados, adiantamos, constituirão a base de nossas conclusões e o cerne de nosso posicionamento e sugestão que constarão ao final deste trabalho.**

É grande a aceitação de que o Princípio da Legalidade traduz tal função, e assim, Alberto Silva Franco, em sua consagrada obra Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, tratando da “Legitimação do Direito Penal no Estado (Social e) Democrático de Direito” e discorrendo sobre o controle social subsidiariamente por ele exercido, propugna:

---

<sup>29</sup> Com esta afirmação certamente não concordaria Ripollés, como se infere de suas palavras ao comentar o Princípio da Segurança Jurídica: “[...] o princípio da legalidade formal não pertence a esse nível de racionalidade. Embora seja comum situá-lo como anterior ao da segurança jurídica, ou inclusive integrá-lo com ele em um único princípio, o da legalidade, na verdade sua transcendência não alcança o nível básico da racionalidade ética”. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.156.

<sup>30</sup> Ver item 4 deste trabalho.

A formalização do mecanismo de atuação penal deixa, portanto, evidente que o exercício do **ius puniendi** não é uma atividade desenfreada, regida apenas por critérios de utilidade social mas, sim, algo que se submete a um diligente controle com vistas às garantias (formais e materiais) devidas ao direito de liberdade do cidadão.<sup>32</sup>

E prossegue o Autor, referindo-se ao Estado Democrático de Direito:

O Direito Penal, como controle social formal, num Estado que apresenta tais características definitórias, não pode, portanto, ser desenfreado, arbitrário, sem limites. É evidente que esse controle deve estar submetido, no plano formal, ao princípio da legalidade, isto é, à subordinação a leis gerais e abstratas que disciplinem as formas de seu exercício e, deve servir, no plano material, à garantia dos direitos fundamentais do cidadão.<sup>33</sup>

Para, após, citando Luigi Ferrajoli, acrescentar:

“[...] a lei penal ‘na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não apenas às formas, mas também à substância e aos conteúdos dos atos que a aplicam [...]’<sup>34</sup>.

Conforme afirmamos, o Princípio da Legalidade, apesar de suas diversas formulações, já encontrava sua concepção mais sólida no Iluminismo, inspirado nos ideais humanitários deste movimento filosófico que, até mesmo em virtude de sua magnitude, engloba linhas de pensamento que, em suas trajetórias, tornam-se antagônicas.

A propósito, Salo de Carvalho, comentando distinções entre Locke e Hobbes, e a opção da doutrina moderna pelo primeiro, citando-o, preleciona:

O consenso literalmente limita o poder estatal, vinculando-o ao princípio da legalidade e garantindo ao cidadão direitos acima (externos) do próprio Estado, sendo-lhes, esses direitos, referenciais. Nesses termos obrigacionais, a violação dos direitos do cidadão por parte de outrem (terceiro) permite ao Estado a punição legítima (pena). Já a violação desses mesmos direitos por parte de um dos três poderes do Estado (exercício além do direito que configura a tirania) deslegitima a entidade garantidora, nascendo novos direitos e obrigações sob pena de retorno ao estado de natureza, pois o Estado é poder que não tem outro objetivo senão a

---

<sup>31</sup> TOLEDO, 1994, p.22.

<sup>32</sup> FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral, t.I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.28.

<sup>33</sup> FRANCO *et al.*, 1997, p.29.

<sup>34</sup> FRANCO *et al.*, 1997, p.30.

preservação e, portanto, não poderá ter nunca o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos.<sup>35</sup>

Enumera, o Autor, alguns dos direitos da pessoa inderrogáveis pelo pacto, eis que o homem livre não submeteria bens como a vida, a liberdade de pensamento, de locomoção e outros ao poder do Estado, razão porque a usurpação de tais direitos gera o direito de resistência.<sup>36</sup>

Pode-se, então, com facilidade, concluir que o aspecto meramente formal do princípio da legalidade é antecedido e justificado nos Direitos Fundamentais que busca preservar, a ponto de o abuso nas limitações à liberdade e garantias do cidadão representar verdadeira quebra do pacto estabelecido entre o Homem livre e o Estado a desobrigar o cidadão à observância da legalidade estrita.

Não foi com outro propósito que o legislador constituinte alemão fez inserir, na Lei Fundamental, o Direito de Resistência:

Artigo 20. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judicial. (3) O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito. (4) **Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem.**(*g.n.*).

Evidencia-se, então, **o duplo aspecto da função do Direito Penal, eis que a segurança jurídica, seu ideal, reclama a punição de fatos lesivos a bens que mereçam a tutela penal, mas, em nome da liberdade, direito pré-jurídico do homem, exige que toda punição tenha por base lei que previamente descreva o fato punível e a respectiva pena.**

É este o dilema que encerra a desejada segurança jurídica. Contássemos com um super juiz ainda superior ao de Dworkin, melhor seria abriremos mão da reserva legal e garantirmos a plena tutela penal aos bens que a merecessem, com a conseqüente punição da conduta, qualquer que fosse, penalmente reprovável.

---

<sup>35</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2001, p.47.

<sup>36</sup> CARVALHO, 2001, p.51.

A falta deste ser superior forçou à exigência da anterioridade da lei penal **como forma de coibir o arbítrio estatal em nome da própria segurança jurídica que o Direito Penal visa proporcionar.**

Mas o que fazer quando o Estado, em espúrio manejo do Princípio da Legalidade, vale-se do Poder para usurpar direitos fundamentais do cidadão?

Sobre esta questão nos ocuparemos mais adiante.

#### 4 A IRRETROATIVIDADE ABSOLUTA DA LEI MAIS GRAVOSA

Toledo, em conformidade com Maurach, acentua que o princípio da legalidade teve, ao longo da história, uma trajetória “por vezes acidentada”, até que a doutrina consolidasse sua atual versão, obtida no “quadro da denominada ‘função de garantia da lei penal’”, fazendo-se desdobrar em quatro sub-princípios, o *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (a lei que define o crime e a respectiva pena deve ser anterior ao fato); o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (o direito consuetudinário não cria crimes, impõe ou agrava penas); o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (é vedada a analogia *in malam partem*); *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (o tipo penal deve ser claro e preciso).<sup>37</sup>

Dentre tais desdobramentos do Princípio da Legalidade, interessa-nos particularmente a irretroatividade da lei penal que crie tipos penais ou agrave a situação do réu, sem dúvida sua faceta mais importante, que traduz com mais intensidade seu alcance e pressupõe os demais sub-princípios.

A respeito, ensina-nos Toledo que:

[...] a norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, **das causas de justificação** (g.n.) ou de outros institutos de direito penal.<sup>38</sup>

Não há quem seriamente duvide deste amplo alcance e rigidez do Princípio da Irretroatividade, verdadeiro núcleo do Princípio da Legalidade.

Sem a irretroatividade, de nada adiantaria exigir-se que a criação de tipos penais se desse por lei em sentido estrito ou vedar-se a analogia e os costumes, o que faz deste Princípio “um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> TOLEDO, 1994, p.22.

<sup>38</sup> TOLEDO, 1994, p.31.

<sup>39</sup> HUNGRIA, 1953, p.100.

O artigo 103.2, da Lei Fundamental, isto é, da Constituição Federal da Alemanha, estabelece que um fato somente poderá ser apenado se a punibilidade está determinada legalmente com anterioridade ao cometimento do fato.

Frise-se que com os mesmos elementos, conteúdo e desdobramentos conformados à Lei Penal brasileira, encontramos o Princípio da Legalidade no ordenamento jurídico da RFA.

É digladiando com a acepção com que normalmente é aceita a aplicação de tal Princípio, sobretudo no desdobramento da irretroatividade da *lex gravior*, **incidente inclusive às causas de justificação**, que a Justiça alemã, culminando com a decisão do TFC, posteriormente ratificada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>40</sup>, houve por bem confirmar a condenação dos guardas fronteiriços que, na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972, por volta de 10:30 h, mataram um cidadão da RDA que tentava cruzar a nado o Rio Spree, em direção à margem Ocidental de Kreuzberg.

---

<sup>40</sup> Quinto informe periódico da Alemanha, apresentado ao Comitê de Direitos Humanos em 13 de novembro de 2002 – CCPR/C/84/Add.5. p.21, item 70. [http://www.unchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)](http://www.unchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)).

## 5 O POSITIVISMO JURÍDICO-PENAL

### 5.1 Breve menção ao positivismo jurídico

Ao falarmos em positivismo jurídico devemos recordar o período de superação do direito natural, com a ascensão da codificação e a consideração do direito posto pela autoridade estatal como o único existente.<sup>41</sup>

No dizer de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>42</sup>, “[...] O positivismo jurídico surge, assim, em suas primeiras manifestações embrionárias, ainda nos séculos XVI e XVII, no bojo do processo de centralização do poder que tem lugar durante a formação do estado moderno”, fruto, portanto, da filosofia iluminista e do pensamento liberal e as suas teorias da separação dos poderes e da soberania popular, que têm como um dos principais pilares a vontade do

A dinâmica diz respeito à validade do direito posto no sentido de que a norma inferior retira sua validade da norma imediatamente superior, até que se chegue, em uma escala crescente, ao puramente abstrato conceito de *norma fundamental pressuposta* a validar a constituição.

Ao incorporar a idéia de dinâmica jurídica, a vertente normativista do positivismo surpreende ao reconferir um certo arbítrio ao juiz sob a concepção de que a validade da sentença judicial está na lei, que atribui poderes ao magistrado para decidir, mas esta mesma lei, por não alcançar a complexidade dos fatos sociais, funciona como uma moldura onde são possíveis diversos conteúdos que serão transformados em normas através da decisão judicial para o caso concreto. Daí surge a fundamental distinção entre o positivismo normativista e o tradicional, ou seja, a atividade jurisdicional superando a mera aplicação do Direito para erigir-se, também, em criadora do Direito .

A escola de Kelsen, segundo Zaffaroni, não chegou a gerar grandes conseqüências para a Ciência Penal:

El positivismo jurídico de mayor significación en el campo de la filosofía jurídica y en otras ramas del derecho, que fue el de Kelsen, apenas rozó al derecho penal, sin que llegara a ensayarse una aplicación verdaderamente seria del Kelsenianismo jurídico al mismo<sup>44</sup>.

Talvez o Mestre platino assim tenha afirmado por que o Direito Penal contou com uma barreira intransponível para o relativo arbítrio judicial defendido por Kelsen, devido ao prestígio de que já gozava, ao tempo do advento da Teoria Pura do Direito, o Princípio da Legalidade Penal, desde antes consagrado na maioria dos estatutos criminais do ocidente.<sup>45</sup>

---

Kelsen, esta Carta Política Austríaca inovou às anteriores, introduzindo no Direito Positivo o conceito de **controle concentrado da constitucionalidade** das leis e atos normativos como função jurisdicional ao cargo de um tribunal constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans\\_Kelsen](http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen)>. Acesso em: 22.07.2006.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. v.II. Buenos Aires: Ediar, 1998, p.257.

<sup>45</sup> Para mais informações sobre a evolução do Positivismo Jurídico, consultar SOUZA NETO, 2002, p.4.

De outro lado, pode ser que Zaffaroni, ao afirmar a pouca influência do normativismo de Kelsen no Direito Penal, não tenha olvidado do fenômeno nazista e sua ordem jurídica, cujo princípio da autoridade do *Führer* se harmonizava perfeitamente com a dinâmica do sistema jurídico, que tem em seu vértice superior, de onde emana a validade de todas as normas de Direito, a idéia abstrata de norma fundamental pressuposta.

Ocorre que o “direito penal” nazista não foi mais do que a exacerbação de uma política criminal voltada à supremacia da raça ariana<sup>46</sup>, que teve como fundamento material o chamado positivismo criminológico, cuja extremação se revelou, em agosto de 1944, com a classificação dos delinquentes de Mezger, lecionada em conferência a que se chamou “O estranho à comunidade à luz da Biologia criminal”<sup>47</sup>.

Há que se compreender, pois, a assertiva do mestre argentino sobre a pouca influência do positivismo em nossa ciência como uma afirmação de que não se pode falar em uma verdadeira ciência penal do período nazista.

É o que pode ser percebido em sua resposta à pergunta *¿Cuándo hay derecho penal y cuándo mero ejercicio de poder?*

En nuestro actual momento histórico, el derecho penal presupone las siguientes condiciones mínimas: 1) ser un orden regulador de conductas humanas; 2) que no haya contradicción entre sus desvaloraciones de conductas humanas; 3) que no pretenda regular conductas ignorando las leyes del mundo físico; 4) que reconozca la autodeterminación del hombre. Faltando estas condiciones mínimas, el ejercicio de poder deja de ser derecho, así como no son herramientas el antes mencionado trozo de metal o de madera, sin perjuicio de que rudimentaria y transitoriamente pueda usarse ‘como’ tales. De toda forma, las leyes que configuran un mero ejercicio de poder no pueden ser objeto de la ciencia jurídico-penal, sin perjuicio de que puedan estudiarlas otras ciencias: se pueden hacer historia

---

<sup>46</sup> “a separação entre o ser e o valor, entre as esferas ontológica e axiológica, conduziu paradoxalmente a Ciência alemã do Direito penal na época da República de Weimar a uma esquizofrenia científica que logo repercutiu na atitude que muitos penalistas da época adotaram perante o regime nacional-socialista, ao qual não só olharam com simpatia, como também apoiaram abertamente com as suas teorias e elocubrações dogmáticas. Um exemplo representativo desta atitude pode ser o caso de Edmund Mezger [...] não teve pejo, não só em colaborar com a reforma penal posta em marcha pelo regime nacional-socialista, como também em dar uma cobertura pretensamente científica a leis repressivas de caráter racista e a todo um sistema baseado na superioridade da raça ariana e na pureza do sangue”. CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo* – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 4.

<sup>47</sup> CONDE, 2005, p.4.

o sociologia de la arbitrariedad y teorizar sobre ella, pero una teoría histórica o sociológica de la arbitrariedad no es una teoría jurídica.<sup>48</sup>

Paradoxalmente, a considerar as raízes kantianas do normativismo de Kelsen e tomando-se em conta a hoje revelada participação de Mezger na normatização da política criminal nazista<sup>49</sup>, podemos mesmo considerar que o “mero exercício de poder” nazista é a evolução corrompida da dogmática penal e sua então vigente teoria causalista<sup>50</sup>, renovada com indisfarçável reformulação neokantista que atingiu seu clímax com Mezger<sup>51 52</sup>.

Sobre a inusitada seqüência, neokantismo e nazismo penal, o comentário de Conde:

A separação entre o ser e o valor, entre as esferas ontológica e axiológica, conduziu paradoxalmente a Ciência alemã do Direito penal na época da República de Weimar a uma esquizofrenia científica que logo repercutiu na atitude que muitos penalistas da época adotaram perante o regime nacional-socialista, ao qual não só olharam com simpatia, como também apoiaram abertamente com as suas teorias e elucubrações dogmáticas.<sup>53</sup>

Ou seja, o causalismo neokantista degenerou na política criminal nacional-socialista.

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, 1998, p.427.

<sup>49</sup> Sobre a importância do jurista Edmund Mezger na política criminal nazista, ver CONDE, 2005, p.4.

<sup>50</sup> Sobre a neutralidade da dogmática penal, adverte Conde: *O Direito Penal vigente em cada país em uma época ou momento histórico determinado, não é em absoluto neutro, senão quiza a parte mais ideologizada de todo o Ordenamento jurídico, que, como a História e O Direito comparado mostram, não só serviu ou serve para proteger e garantir direitos e liberdades fundamentais, mas também para reprimí-las e violentá-las desde o próprio Estado. Por isso, desde há muito tempo venho propugnando por um sistema da Teoria do Delito que seja compatível com uma **concepção democrática da imputação penal**, e não com qualquer outra que sirva para a repressão dos direitos humanos mais elementares.* CONDE, 2005, p.69.

<sup>51</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.136.

<sup>52</sup> Coincidem o normativismo e o causalismo na agregação do valor (que confere sentido prescritivo) à norma, de presença notável no primeiro, que acolhe a distinção entre ciência da natureza e ciência do espírito, reconhecendo em seu objeto, na norma, a constante referência a um valor.

<sup>53</sup> CONDE, 2005, p.4.

## 6 O POSITIVISMO JURÍDICO-PENAL ENTENDIDO COMO POSITIVAÇÃO DE VALORES ARBITRÁRIOS

O que se compreende por Positivismo Jurídico-Penal, como veremos, funda-se em bases distintas, pois não se resume à noção de que somente o direito posto é direito.

Segundo Zaffaroni, o positivismo (arbitrário) em nossa ciência deve ser entendido como a filosofia que admite, em nome da soberania do Estado e sua competência legislativa, quase qualquer conteúdo legal, prescindindo da noção de bem jurídico e tomando o delito simplesmente como a lesão a um dever.<sup>54</sup>

Seus argumentos serão os mais diversos, variando quase que de autor em autor, mas haverá sempre um ponto coincidente em sua base, a pretensão de fazer do direito penal a ciência do dever-ser<sup>55</sup> contraposto ao direito penal ontologicamente fundado.

Com Zaffaroni, viajamos pela história do positivismo penal focada nos aspectos arbitrários de alguns dos principais autores desta diversificada vertente filosófica.

### 6.1 Breve incursão histórica<sup>56</sup>

Tomado neste sentido, o positivismo remonta a Antiguidade, identificando Zaffaroni conteúdo fortemente positivista em Platão, para quem havia um mundo ideal e outro real, este inferior e fadado a buscar a perfeição nos modelos ideais e imutáveis. Em consequência de seu idealismo, Platão acabou por propor a pena de morte para aqueles que, apesar da educação recebida, persistiam em seus erros.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> ZAFFARONI, 2004, p.254.

<sup>55</sup> Sobre esta assertiva, ver considerações traçadas no item 7 deste trabalho.

<sup>56</sup> O sub-capítulo é inteiramente baseado na obra citada de Zaffaroni e muitos trechos repetem quase fielmente suas palavras.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, 1998, p.36.

Na Idade Média, a concepção pretensamente antropológica, que reconhecia ao homem preeminência sobre os demais entes terrenos, mas impondo-lhe o ideal Divino, portanto imutável, produzia, evidentemente, um direito “deontológico”<sup>58</sup> que acabou por justificar as fogueiras inquisitoriais.<sup>59</sup>

Santo Agostinho, cujo pensamento pertence ao neoplatonismo, superou em muito Platão no respeito pelo homem justamente por sua base cristã e o conseqüente reconhecimento da igualdade entre os homens, mas sua concepção idealista acabou por chocar-se com sua filosofia libertária, que pressupõe o livre arbítrio do homem como pessoa moral e responsável pelo uso que faz de sua liberdade, fazendo-o ceder ao arbítrio e admitir a conversão obrigatória.<sup>60</sup>

Duns Escoto, severo crítico de São Tomás de Aquino, acreditava que à verdade não se chega pela razão, mas sim pela fé, trazendo como conseqüência, no campo jurídico-penal, estreitas limitações ao legislador relacionadas a umas poucas normas que se ocupam da relação do homem com Deus. Em seu último passo, o escotismo levou à cisão entre razão e autoridade, a tradição viva que, não podendo ser interpretada pela razão, transforma-se em autoridade suprema, à qual devemos nos submeter a despeito de não a compreendermos.<sup>61</sup>

São Tomás de Aquino, responsável pela maior tentativa medieval de conciliar razão e fé e cuja concepção da pessoa humana, de base aristotélica, foi sem dúvida a mais avançada, também não pode evitar o destino de todos naturalistas idealistas e quis justificar, com a razão, a escravidão e a guerra contra os infiéis.<sup>62</sup>

Resulta claro do tomismo que à concepção ontológica do homem deve seguir-se uma concepção ontológico-antropológica do Direito, sob pena de, concebido este de forma idealista, desembocar em indisfarçável direito autoritário.

Na Renascença, expressão que significa volta à origem, retomou-se o pensamento de Platão, para uma renovação religiosa, e de Aristóteles, para uma

---

<sup>58</sup> O termo é aqui empregado na acepção que Zaffaroni o utiliza, ou seja, como um direito penal deontológico afastado de suas razões ônticas.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, 1998, p.48.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, 1998, p.52.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, 1998, p.58.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, 1998, p.62.

renovação científica, afastando-se suas interpretações medievais, como forma de liberar a ciência da tirania da Igreja.

Estabeleceu-se amplo debate sobre a interpretação (não teológica) da natureza que resultou na separação entre moral e direito, considerada a primeira como norma de conduta interna e o segundo como norma de conduta externa, que dá origem à nossa concepção de delito a partir da separação analítica de seus aspectos objetivos e subjetivos.<sup>63</sup>

Predominou no período renascentista, entretanto, para o Direito Penal, o processo conhecido como “recepção do direito romano”, a que levaram a efeito, a partir do século XII, os Práticos, cujo pensamento era de cunho eminentemente positivista e que foi combatido pelo pensamento iluminista e racionalista, este afirmador de direitos humanos anteriores a qualquer lei positiva.<sup>64</sup>

O iluminismo, ou a Ilustração, foi anti-tradicionalista.

Zaffaroni observa que devemos distinguir, no movimento iluminista, dois aspectos: (1) os valores jurídicos que sustenta e sua fundamentação, que constitui seu melhor aspecto, porque contribuiu para afastar os elementos consagrados pela tradição e arraigados nos pensamentos penais mais autoritários, e (2) sua face platônica, que faz de seu “direito natural” um conhecimento restrito a um círculo de iluminados, tratando-se de uma manifestação do “despotismo ilustrado”.<sup>65</sup>

O iluminismo, na vertente contratualista de Rousseau, notadamente revolucionária, e mesmo na atitude científicista de Montesquieu, abalaram os alicerces de uma sociedade obediente às modalidades históricas de co-existência, defendidas pelo organicismo social, resultando do pensamento deste último um dos postulados penais mais importantes do iluminismo, o de que uma ação só pode ser considerada crime quando lesiona direitos de outro<sup>66</sup>, o que serve a Montesquieu de defesa contra a acusação de que seu pensamento servia à ideologia do feudalismo.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> ZAFFARONI, 1998, p.71.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, 1998, p.72.

<sup>65</sup> ZAFFARONI, 1998, p.77.

<sup>66</sup> Montesquieu defendia que os delitos podiam classificar-se em atentados à religião, aos costumes, à tranqüilidade e à segurança e deviam sofrer penas correspondentes. Cf. ZAFFARONI, 2004, p.83.

<sup>67</sup> ZAFFARONI, 1998, p.82.

Estavam lançadas as bases para profundas modificações no Direito Penal, donde surgiu a obra de Beccaria, apoiada aberta e entusiasticamente por Voltaire, cuja ação política preparou terreno para **adoção das idéias do Marquês de Milão na reforma da legislação penal de toda Europa e para a codi**

O pensamento de Kant, por isso, foi rapidamente absorvido pelos “déspotas ilustrados” que, sem pretender abrir mão de seus privilégios, utilizavam-se da filosofia e neste caso, da necessária perenidade do Estado, e de seu próprio poder, como garantia da liberdade.<sup>72</sup>

Importante, mencionar que, para Kant, a legalidade implica que o homem não viole o mandamento legal, sem que importe a motivação para agir conforme a lei, ou seja, mesmo que a motivação se dê por razões que se afastem da moral, não estaria o homem sujeito a nenhuma penalidade legal.

## 6.2 O positivismo jurídico-penal moderno<sup>73</sup>

As bases do positivismo penal podem ser esquematizadas distinguindo-se o (1) positivismo fático utilitarista de Bentham; (2) positivismo fático evolucionista materialista de Lombroso, Ferri e Garofalo; o (3) positivismo fático evolucionista espiritualista<sup>74</sup> de Liszt; o (4) positivismo correccionalista de Dorado Montero; e o (5) positivismo jurídico, legal ou formal.

(1) Bentham foi filósofo do utilitarismo inglês, para quem a utilidade pública é concebida como a soma das felicidades individuais. Resulta de seu pensamento, e de sua incapacidade de valorar imparcialmente as circunstâncias felizes que merecem a tutela penal, uma ordem objetivo-valorativa cujo critério se dá em atenção ao “prazer” da burguesia de seu tempo.<sup>75</sup>

(2) O evolucionismo materialista de Lombroso, Ferri e Garofalo<sup>76</sup>, autores que formaram a “tríada directriz de la llamada ‘escuela positivista’”<sup>77</sup>, tem como marco inicial a obra que, em 1876, projetou o nome do médico Cesare Lombroso no universo jurídico, “O Homem Delinqüente”, reduzindo, em última análise, o problema

---

<sup>72</sup> ZAFFARONI, 1998, p.149.

<sup>73</sup> Aqui adotamos a classificação de Zaffaroni na obra citada.

<sup>74</sup> Embora criticável, utilizamos a denominação utilizada por Zaffaroni para distinguir a Escola de Liszt.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, 1998, p.196.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, 1998, p.199, 208 e 214.

<sup>77</sup> ZAFFARONI, 1998, p.208.

da criminalidade a uma propensão biológica para o delito, característica do “delinqüente nato”.

Ferri foi grande entusiasta das idéias de Lombroso, pretendeu a redução do direito penal à sociologia e, endossando a pré-determinação de alguns homens para o crime, apregoou que “La sociedad, por su parte, también está determinada a defenderse y a contraatacar”.<sup>78</sup>

Daí porque, para Ferri, não há que se fazer considerações sobre culpabilidade; imputáveis e inimputáveis são igualmente responsáveis.<sup>79</sup>

A Ferri se atribui a autoria da expressão “escola clássica”, verdadeiro reducionismo que reúne sob um mesmo rótulo uma vasta corrente de pensamento representativa da antropologia filosófica, ou seja, tudo o que não pertencer à Escola Positiva.<sup>80</sup>

Garofalo, dentre os três, representava a corrente jurídica do positivismo penal italiano. Era aristocrata e magistrado. Partia do princípio de que o Direito Penal servia à sociedade como defesa contra seus inimigos naturais. Os criminosos.

Nas palavras de Zaffaroni, Raffaele Garofalo busca:

“el objetivismo valorativo, que es la fuente de cualquier jusnaturalismo idealista aristocratizante, desde Platón en adelante”<sup>81</sup>

Delito natural, para Garofalo, seria o que lesiona os sentimentos de benevolência e probidade, ao passo que delinqüentes naturais seriam os que carecem do sentimento de piedade ou de probidade. Para os primeiros caberia a pena de morte a aos outros a deportação.

O confronto teórico das vertentes que passaram a denominar-se Escola Clássica e Escola Positiva dominou a ciência penal desde as décadas finais do século XIX até pouco tempo antes de deflagrada a 2ª Grande Guerra e foi motivado por:

La pretensión de trasladar al derecho penal la premisa médica de que ‘no hay enfermedades sino enfermos’ y la reducción sintomática de la conducta

---

<sup>78</sup> ZAFFARONI, 1998, p.211.

<sup>79</sup> ZAFFARONI, 1998, p.213.

<sup>80</sup> ZAFFARONI, 1998, p.223.

<sup>81</sup> ZAFFARONI, 1998, p.216.

criminal, acompañada de la afirmación de que el delincuente no es un hombre como los demás, provocó, lógicamente, una serie de reacciones. Los positivistas se integraron en 'escuela', con su propio órgano de difusión – la revista 'Scuola positiva', y teniendo por cabezas visibles a Lombroso, Ferri y Garofalo. El enfrentamiento con los sostenedores de todo pensamiento penal basado en distinta concepción antropológica fue la base de la llamada 'lucha de escuelas', que cubrió un período científico extendido por más de medio siglo y cuyo centro fue Italia.<sup>82</sup>

(3) Paralelamente, na Alemanha, Franz von Liszt publicava várias obras cuja linha de pensamento foi denominada de “positivismo penal evolucionista-espiritualista”. Entre seus discípulos estava Gustav Radbruch. Sua obra de destaque se intitula “A idéia de fim em direito penal” e consistia no “Programa de Marburgo”, onde fixou a direção e critérios que marcariam seus posteriores escritos publicados pelas instituições que fundou, a União Internacional de Direito Penal, em 1889, e a Revista Para a Ciência Total do Direito Penal.

Seu pensamento se opunha a Lombroso e seu monismo materialista e ao positivismo italiano na medida em que reconhecia, como finalidade do Direito Penal, não a defesa da sociedade, mas a defesa do indivíduo rebelado contra ela.

Propugnava que:

Em tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto que nos vinculemos al lema **nullum crimen, nulla poena sine lege**, así mantendrá también sua alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos<sup>83</sup>

O pensamento de Liszt representa um grande avanço na ciência penal, sem que, no entanto, possamos admitir que se desvinculou do positivismo, eis que seu dualismo que, na esteira de Wundt (1832-1920), quer evitar a subordinação total do espiritual ao material, reconhecendo um dualismo causal de ordem física e psíquica, tem como resultado a mesma concatenação cega de causas e, “[...] Si todo acontecimiento es el producto necesario de factores causales”<sup>84</sup>, sejam físicos ou psíquicos, nenhuma dignidade se reconhece ao protagonista reduzido a mero instrumento de seu próprio destino.

---

<sup>82</sup> ZAFFARONI, 1998, p.226.

<sup>83</sup> ZAFFARONI, 1998, p.239.

<sup>84</sup> ZAFFARONI, 1998, p.246.

Neste sentido, as considerações de Muñoz Conde sobre o Penalista alemão:

“Nem há o que dizer que a principal preocupação de Von Liszt, como a de muitos penalistas daquela época, especialmente os influenciados pelo positivismo criminológico lombrosiano, era o delinqüente incorrigível”.<sup>85</sup>

(4) Dorado Montero, espanhol da província de Salamanca, propugnou a vertente correcionalista do positivismo evolucionista. Para Dorado não há “delito natural”, como propunha Garofalo, por entender que todo delito é criação política e, assim sendo, a sociedade não tem o direito de eliminar o delinqüente, mas tão-somente de educá-lo.<sup>86</sup>

(5) A complexidade do pensamento que se intitula de positivismo jurídico-penal leva Zaffaroni a distinguir o campo de influência do positivismo naturalista ou fático, subdividido nas diversas formas de positivismo no campo penal, do positivismo jurídico ou formal, ainda que apresentem eventuais pontos de contato.

Porém, em sua concepção final, o Professor argentino, ao definir o que entende por positivismo jurídico:

[...] si lo que se pretende com ello es significar que sólo existe um orden, que es el legal, y que es com el único que puede manejarse el jurista, desconociendo cualquier otro – incluso el físico –, en tal caso no nos cabe duda de que se trata de una posición positivista<sup>87</sup>

Deixa claro que é nesta aceção que o positivismo jurídico entra em contato com o Direito Penal, não por se identificar com ele, mas por sobrepor-se, subjugando expressa ou insidiosamente seus princípios para utilizá-lo como poderoso instrumento do poder. “[...] El positivismo jurídico em su formulación más extrema, afirma la total omnipotencia del legislador”<sup>88</sup>.

Assevera, ainda, que:

Es poco menos que incuestionable que el positivismo jurídico favorece el desarrollo de cualquier ejercicio autoritario y arbitrario de poder. La

<sup>85</sup> CONDE, 2005, p.101.

<sup>86</sup> ZAFFARONI, 1998, p.250.

<sup>87</sup> ZAFFARONI, 1998, p.253.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, 1998, p.254.

pretensión de que el delito es la lesión a un deber, prescindiendo del bien jurídico – componente teleológico – no es más que una consideración positivista.<sup>89</sup>

Para evitarem-se confusões, podemos concluir, a despeito do *nullum crimen sine lege* derivar do pensamento iluminista e, portanto, do positivismo tradicional, que o positivismo jurídico-penal, **concebido como a ditadura da normatividade formal** como o toma Zaffaroni, distancia-se do Princípio da Legalidade Penal, eis que este visa, juntamente com outros princípios, exatamente evitar a utilização deste ramo do Direito como instrumento de fácil manejo pelo poder.

**A despeito de sua democrática natureza, governos “despóticos” podem valer-se justamente do mais salutar dos princípios do Direito escrito para praticarem “crimes legais”, resguardando-se para, em futuro incerto, valerem-se do nullum crimen, sine lege.**

Verificamos, por fim, que Zaffaroni arrasta para a mesma vala o positivismo criminológico, biologicista, de Lombroso, que encontrou imensa repercursão no regime nazista, e todas as outras correntes deontológicas, desde Platão às diversas acepções do neokantismo.

---

<sup>89</sup> ZAFFARONI, 1998, p.254.

## 7 UMA CRÍTICA INSPIRADA EM MIGUEL REALE

Para o jurista enquanto jurista, o direito objetivamente é, afirmação esta que em nada atinge o concomitante reconhecimento de que o ser do direito implica sempre um dever ser (g.n.), ou, por outras palavras, não contradiz a tese relativa à natureza axiológica da realidade jurídica como tal.

*Reale*

Podemos, pois, grosso modo, dizer que Zaffaroni compreende o positivismo jurídico-penal como todo comando desta seara que, ultrapassando as razões do ser, cria, sob pena, um dever de abstenção ou de ação, um dever-ser.

Reale, que prefere utilizar o termo *imperativismo jurídico*<sup>90</sup> para designar a “[...] compreensão da forma jurídica como um ‘juízo de dever ser’”, não se desapercebe da questão, reconhecendo que:

Infelizmente, pode haver as (normas) nascidas puramente do arbítrio ou de valores aparentes, que só o legislador reconhece. Entretanto, não deixam de ser jurídicas, porque possuem **vigência**. Daí um problema dos mais sutis e relevantes: o da obediência ou não às leis destituídas de fundamento ético e a sua **positividade**.<sup>91</sup>

Com o que parece concordar Zaffaroni ao afirmar:

“Que um derecho penal no esté antropológicamente fundado no significa que no sea válido como tal, sino que el legislador se frustrará, porque no tendrá **eficácia** para lograr lo que se propone.”<sup>92</sup>

Entretanto, aspecto relevante a ser notado no Mestre da nação vizinha diz respeito a uma certa aversão à natureza deontológica do Direito, – natureza esta defendida por todos quantos preferam uma compreensão dialética da tridimensionalidade do Direito<sup>93</sup> –, o que o faz identificar o positivismo jurídico-penal com as normas penais que ditam um dever-ser distanciado do ser.

<sup>90</sup> REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p.97 (nota de rodapé).

<sup>91</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v.2, São Paulo: Saraiva, 1969, p.519.

<sup>92</sup> ZAFFARONI, 1998, p.426.

<sup>93</sup> Para melhor compreensão do tema ver: REALE, 1968, p.51-74.

Inclusive quando relaciona as quatro condições mínimas para um Direito Penal válido e eficaz<sup>94</sup>, o faz considerando como tais apenas uma condição que merece destaque; que o Direito Penal “[...] reconozca la autodeterminación del hombre”.

Concordamos com Zaffaroni em parte, entretanto, a partir da possibilidade de que a autodeterminação de um indivíduo ultrapasse as fronteiras de seu ser e venha ferir o universo comum, tem demonstrado a história que a posituação do Direito e, portanto, a imposição de normas de conduta, que nunca poderão abdicar de seu caráter deontológico, é a solução alcançável pelo direito como fato social.

Ou seja, a partir deste ponto de difícil fixação, o ser humano ainda não criou mecanismo outro que não represente uma limitação à autodeterminação, compreendida esta como a liberdade do indivíduo de portar-se como queira, independentemente da vontade ou susceptibilidade alheias.

Se considerarmos, ao contrário, um sentido limitado da autodeterminação do homem, compreendida como liberdade para comportar-se conforme as **normas de cultura historicamente reconhecidas e validadas pelo respeito aos Direitos Humanos consagrados**, a condição elencada pelo consagrado Professor de Buenos Aires passa a não merecer ressalva, mesmo porque coincide com a visão do inspirador de nossa crítica, Miguel Reale:

[...] o essencial é reconhecer que tôdas as expressões da cultura, como sínteses ontognoseológicas, isto é, subjetivo-objetivas e teórico-práticas -, se atualizam no concreto da experiência histórica, segundo uma dialética de complementariedade; e obedecem a um **projeto comum** da espécie humana, como projeção do valor universal da pessoa, que é o valor-fonte de todos os valores [...]<sup>95</sup>

E a experiência do Direito, como categoria da experiência histórica, tem como uma das fontes de sua atualização o trabalho do jurista:

Não resta dúvida que o primeiro dever moral do juiz é cumprir a lei (é êste, muitas vezes, como diz Calamandrei, o santo martírio do jurista!) mas, consoante oportuno reparo de Capograssi, é também seu dever ‘reconduzir a lei singular à inteira **razão objetiva** que se exprime e se concretiza na **experiência jurídica** (g.n.), em todo o ordenamento do mundo do Direito,

---

<sup>94</sup> ZAFFARONI, 1998, p.427.

<sup>95</sup> REALE, 1968, p.48.

em todos os princípios que o sustentem”. É esta a moralidade verdadeira do jurista.<sup>96</sup>

Aqui Reale, ao contrário de Zaffaroni, não se referiu ao momento de criação da norma, mas ao de sua interpretação, porém, como segundo nosso Mestre “[...] uma norma é sua interpretação”<sup>97</sup>, tanto melhor se a exigência de não ruptura com a **experiência jurídica** (que há de nortear o conceito de autodeterminação) se der em sua gênese, de forma a coincidirem sua literalidade e seu significado no ordenamento jurídico.

“O direito é, em suma, intrinsecamente normativo”<sup>98</sup>, afirma Miguel Reale.

A correta assertiva se dá no Ensaio intitulado “Gênese e Vida dos Modelos Jurídicos”, em que o consagrado Professor faz acurada análise da crise do normativismo jurídico e a exigência de uma normatividade concreta.

Após ressaltar a perda de confiança nas soluções normativas, faz a necessária distinção entre uma “normatividade jurídica abstrata” e um “[...] novo conceito de norma, mais correspondente às exigências de concretude reclamada pelo Direito contemporâneo”.

Melhor explicando a concretude, diz Reale que:

*Devemos, ao contrário, dizer, sem força de expressão, que o direito é **a norma e mais a situação normada**, e que, a rigor, esta distinção mesma deve ser entendida com cautela, pois a norma, somente graças a um esforço abstrativo, isto é, somente enquanto proposição lógica, poderá ser concebida sem envolver a realidade por ela significada.*<sup>99</sup>

Ou,

“[...] sua normatividade (da Ciência do Direito) não a converte em uma Lógica Jurídica formal, porque envolve permanente referência aos fatos e valores de que promana, assim como aos fatos e valores a que tende”.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> REALE, 1969, p.523.

<sup>97</sup> REALE, 1969, p.523.

<sup>98</sup> REALE, 1968, p.189.

<sup>99</sup> REALE, 1968, p.189.

<sup>100</sup> REALE, 1968, p.61.

Reconhecendo no Direito um normativismo inevitável, Reale encontra justificativa para a atitude fiel dos operadores do Direito à sua positividade e acrescenta:

“[...] que até mesmo os jusfilósofos de formação antinormativista acabam renovando todos os problemas postos pela normatividade, quando às voltas com questões relativas à interpretação e à aplicação do direito”<sup>101</sup>.

Sentencia o Mestre, após admitir a validade das **críticas** dirigidas ao normativismo formal ou abstrato, que “não valerão, se concebida a norma jurídica como”<sup>102</sup>:

- a) o **modelo-operacional** de uma classe ou tipo de comportamentos possíveis;
- b) dotado de sentido válido no conjunto do ordenamento jurídico;
- c) implicando a qualificação e a obrigatoriedade dos comportamentos que lhe correspondem;
- d) em função dos fatos e dos valores que o condicionaram originariamente;
- e) bem como dos novos fatos e valores emergentes da experiência jurídica.

Nem com grande esforço podemos imaginar que não se inclui, nestas condições gerais da normatividade concreta, o respeito à autodeterminação do homem exigido no Direito Penal Antropologicamente fundado de Zaffaroni.

Aliás, Zaffaroni, como que confirmando as palavras de Reale no sentido de que *também os antinormativista acabam renovando todos os problemas postos pela normatividade*, delimitando o campo de legitimidade do Direito Penal, preleciona:

**El reproche jurídico debe limitarse a reprocharle al autor no ser el ser que se abstenga de afectar a su prójimo, es decir, que no se lê podrá reprochar más que la afectación por su conducta del bien jurídico ajeno.** De allí que necesariamente tenga que precisar previamente qué conductas lê puede reprochar, para que el hombre pueda conocerlas,

---

<sup>101</sup> REALE, 1968, p.189.

<sup>102</sup> REALE, 1968, p.191.

porque siempre dependerán de una decisión política. La separación entre moral y derecho penal hace que este no pueda pretender que sus prohibiciones las pueda conocer el hombre simplemente a partir de su conciencia.<sup>103</sup>

Por óbvio que o grande Mestre argentino não poderia pretender um Direito Penal que se abstinisse de constituir-se em normas (entendidas estas em seu sentido concreto) e, portanto, um Direito Penal que abdicasse de seu caráter deontológico, pois este também é essencial ao Direito, mas sim que o dever-ser contido na norma coincida com o ser do homem enquanto vivente em sociedade e imbuído dos valores éticos e culturais vigentes, incluídos, sobretudo, os realizados através da **experiência do direito**.

Em suma, **a autodeterminação como condição** de um Direito Penal justo e eficaz, ou antropologicamente fundado, há que ser entendida como **valor** integrante da norma jurídica e, assim considerada, não pode identificar-se com uma autodeterminação individualista por que:

No fundo, os **valôres somos nós mesmos**, mas não cada um de nós na sua singularidade pessoal, nem a soma dos indivíduos que compõem a espécie, mas sim o espírito humano em sua universalidade, irreduzível às experiências estimativas, que são modos ou veículos de revelação do valioso.<sup>104</sup>

Enfim, se a autodeterminação do homem é um valor, a norma que a reconheça encerrará também um dever-ser.

---

<sup>103</sup> ZAFFARONI, 1998, p.447.

<sup>104</sup> REALE, 1969, p.524.

## 8 A CRISE DO POSITIVISMO

[...] a tarefa que se põe aos pensadores contemporâneos é bem outra, delineando-se como uma busca de positividade sem positivismo, e de historicidade sem absolutização da história, superando-se de vez

fundamentais de natureza social com a pretensão de que fossem exigíveis pelo cidadão em face do Estado, pretensão frustrada, pois, “[...] a realidade fática, material, mostraria a superação desta concepção e redundaria na crise do positivismo formal [...]”<sup>106</sup>.

Não bastou o reconhecimento de direitos sociais no texto constitucional para que se tornassem realidade. Logo os intérpretes passaram a atribuir-lhes “[...] função meramente delineadora dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem qualquer vinculação ou obrigatoriedade quanto ao seu cumprimento.”<sup>107</sup>

Esta relativa ineficácia do Positivismo Jurídico não revelou, nem palidamente, seu “calcanhar de Aquíles”, sua faceta que jogou por terra conquistas duramente alcançadas pela cultura ocidental ao proporcionar o surgimento do que passou a chamar-se totalitarismo.

O maior fracasso do positivismo foi justamente o de trair seu ideal de liberdade, reeditando sob a nova roupagem do totalitarismo a figura do déspota que tinha, em suas palavras tantas vezes monstruosas, a força da lei.

O exemplo histórico resultou da porta aberta pelo artigo 48 da Constituição de Weimar, que permitia ao Presidente da República suspender discricionária e ilimitadamente os direitos fundamentais de liberdade em caso de perigo, verificável a seu critério, à ordem democrática.

A suspensão dos Direitos Fundamentais pela Lei de Plenos Poderes prevista no Artigo 48 da Constituição, editada mais de 233 vezes pelos vários Gabinetes Parlamentares antes da subida de Hitler ao poder em 1933; provocou uma completa reformulação da eficácia destes Direitos quando da elaboração da Constituição de 1949 [...]”<sup>108</sup>.

A faculdade outorgada no mencionado artigo 48 se adequava perfeitamente ao positivismo normativista de Kelsen e seu sistema de validade da norma, segundo o qual a validade de uma norma nada tem a ver com seu conteúdo. Para Kelsen, a ordem jurídica é um sistema hierarquizado no qual o fundamento de validade de uma norma é retirado da norma imediatamente superior até que se

---

<sup>106</sup> GUEDES, Marco Aurélio. *A evolução dos Direitos Fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1849 a 1949*. 2005. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais artigos/a evoluçãõ alemães.html>>, p.27. Acesso em: 22.03.2006.

<sup>107</sup> GUEDES, 2005, p.24.

chegue à Constituição, cujo fundamento de validade é extraído daquela que ele chamou de norma fundamental pressuposta.

Do ponto de vista do positivismo jurídico, portanto, nada ocorreu de errado quando:

O Chanceler Adolf Hitler acusou os comunistas pelo incêndio criminoso do prédio do Reichstag, ocorrido na noite de 27 de fevereiro de 1933, e logrou convencer o Presidente Hindenburg a assinar o "decreto do incêndio do Reichstag", que suspendia importantes direitos políticos e humanos e permaneceu em vigor até 1945. Foram detidos e enviados para campos de concentração 11.000 comunistas e socialistas, que ficaram à disposição da nova polícia secreta, a Gestapo.

Apesar do terror e do uso sem precedentes da propaganda política, as últimas eleições constituintes foram realizadas em março de 1933, e a maioria parlamentar foi dada aos nazistas.

Em 23 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei de Poderes de Emergência, que concedeu ao governo o direito de legislar sem o Reichstag. Essa lei foi usada para estabelecer o domínio nazista sobre o país.

Em 24 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei para a Proteção da República, que suspendeu o direito de petição e o direito de asilo.

Em 28 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei para a Proteção da República, que suspendeu o direito de petição e o direito de asilo. Essa lei foi usada para estabelecer o domínio nazista sobre o país.

Em 28 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei para a Proteção da República, que suspendeu o direito de petição e o direito de asilo. Essa lei foi usada para estabelecer o domínio nazista sobre o país.

Em 28 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei para a Proteção da República, que suspendeu o direito de petição e o direito de asilo. Essa lei foi usada para estabelecer o domínio nazista sobre o país.

Em 28 de março de 1933, o Reichstag aprovou a Lei para a Proteção da República, que suspendeu o direito de petição e o direito de asilo. Essa lei foi usada para estabelecer o domínio nazista sobre o país.

Seguiu-se que, para passarmos ao ponto que interessa diretamente ao nosso tema, durante a ditadura de Hitler, os judeus e outros grupos minoritários considerados indesejados”, [...] como ciganos, negros, homossexuais, deficientes físicos e mentais, foram perseguidos e exterminados no que se convencionou chamar de Holocausto.”<sup>110</sup>

Em suma, o Estado nazista, utilizando a seu gosto a técnica juspositivista, passou a protagonizar, para utilizar a expressão de Christina Miranda Ribas<sup>111</sup>, um

<sup>108</sup> GUEDES, 2005, p.26.

<sup>109</sup> <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria\\_da\\_Al](http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Al)

<sup>110</sup> <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Adol\\_Hitler](http://pt.wikipedia.org/wiki/Adol_Hitler)

<sup>111</sup> RIBAS, Christina Miranda. *Justiça e Direitos Humanos*. Ponta Grossa: UEPG, 2005, p.45.

surto de “crimes legais”, cometidos “nos quadros de licitude de um estado soberano e reconhecido pelos demais”, tal como asseverado por Tércio Sampaio<sup>112</sup>.

Às atrocidades do período que antecedeu à 2ª Grande Guerra, somaram-se os crimes praticados durante o conflito.

Hitler se manteve no poder até 30 de abril de 1945, dia em que cometeu suicídio no seu Quartel-General, em Berlim, com o Exército Soviético se aproximando do local.

Derrotada a Alemanha, na cidade de Nuremberg funcionou, de fins de 1945 a outubro de 1946, o Tribunal Militar Internacional, pelo qual foram julgados “[...] 22 dirigentes nazistas, denunciados pela prática de conspiração contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade”<sup>113</sup>.

Até nossos dias, ouvem-se vozes que criticam o Tribunal de Nuremberg e, de maneira mais enfática, o acusam de representar a justiça dos vencedores e de desrespeitar o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Nosso sempre homenageado Hungria lamentou:

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fêz **tabula rasa** do **nullum crimen nulla poena sine lege** (com um improvisado **Plano de julgamento**, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o ‘enforcamento’ e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da ‘territorialidade da lei penal’; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte.<sup>114</sup>

Quanto à exigência de anterioridade da lei penal, o Tribunal se defendeu ao argumento de que o Direito Internacional Penal é notadamente costumeiro, portanto o princípio não era exigível, ao passo que a Promotoria frisou que o princípio da legalidade pertence à:

[...] esfera do Direito escrito, sistematizado, emergindo em sistemas jurídicos já em estágio elevado de evolução (pois o crime teria precedido a

<sup>112</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983, p.10.

<sup>113</sup> ALMEIDA FERRO, Ana Lúcia. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.16.

<sup>114</sup> HUNGRIA, 1953, p.29.

lei no próprio Direito Interno no princípio), com o objetivo de prevenir abusos na administração da justiça e proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do absolutismo, jamais para dar sustentação a este [...]<sup>115</sup>.

A despeito das críticas, o exemplo de Nuremberg se repetiu em 1961, desta vez em Jerusalém, no julgamento de Adolf Eichmann, tenente-coronel da SS, apontado como um dos principais criminosos nazistas pela participação no assassinato em massa de um terço do povo judeu ao organizar os embarques para os campos de concentração. Ficou conhecido como o “Executor Chefe” do Terceiro Reich.

Eichmann foi capturado no dia 11 de maio de 1960 em Buenos Aires e levado a Jerusalém, onde foi julgado e, a exemplo de outros líderes nazistas, foi condenado à morte e executado em 1º de junho de 1962.

O Tribunal israelense enfrentou as mesmas questões jurídicas levantadas em oposição a Nuremberg e aqui nos interessa as percepções de Hannah Arendt<sup>116</sup> acerca da inadequação da técnica jurídica para lidar com crimes sem precedentes<sup>117</sup>.

Por fim, a hoje consagrada Filósofa judia revela ponto de vista absolutamente oposto ao de Hungria ao afirmar que “o problema não residia na retroatividade da lei, inevitável aliás [...]”<sup>118</sup>

Assim, nem mesmo o mais salutar dos princípios derivados do positivismo jurídico poderia ser acolhido incondicionalmente ao confrontar-se com um crime sem precedentes que, ao seu arripio, reclamava a aplicação da Justiça.

Porém, o “outro lado da moeda” tornou defensável, do ponto de vista técnico-jurídico, a impunidade dos responsáveis pelos chamados “massacres administrativos”, ou crimes praticados sob a chancela do Estado, descortinando, de forma escandalosa, a insuficiência do Princípio da Legalidade.

---

<sup>115</sup> ALMEIDA FERRO, 2002, p.104.

<sup>116</sup> MAY, Derwent. *Hannah Arendt*, uma biografia. Rio de Janeiro: Casa-Maria Editorial, 1986.

<sup>117</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.275 ss.

<sup>118</sup> ARENDT, 2006, p.27.

## 9 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 9.1 Breve comentário

As concisas palavras de José Ribas Vieira e Margarida Camargo trazem a delineação exata da evolução histórica da Jurisdição Constitucional em duas vertentes:

A construção da categoria 'jurisdição constitucional', só é possível através de uma trajetória histórica. Constatam-se duas direções históricas. Uma, lastreada no *judicial review* norte americano, que teve como elemento deflagrador o caso *Marbury v. Madison* (1803), e a outra direção, da qual surgirá o denominado modelo concentrado europeu, advém da experiência federalista da Confederação Helvética, do século XIX, e de todo o edifício institucional do Império Austro-Húngaro. Tais experiências já assinalavam a necessidade de dirimir o conflito entre as normas estatuídas pelo poder central com aquelas oriundas dos diversos cantões e províncias. Esta trajetória européia culmina com a Constituição austríaca de 1920, que teve como um dos principais responsáveis, Hans Kelsen.<sup>119</sup>

Menos de duas décadas após à promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (1787), surge a atividade judicial de controle das leis editadas pelo Parlamento<sup>120</sup> e, se de um lado, erguem-se críticas à sua legitimidade, de outro se apresentam os defensores da interpretação do ordenamento jurídico em adequação à Constituição Federal.

Hamilton, na obra "O Federalista", sustentou defesa sistematizada do ativismo judicial, ainda que não tenha utilizado este termo, onde procurou demonstrar que o controle de constitucionalidade, ao contrário de representar uma usurpação, constitui meio necessário à preservação da supremacia da norma constitucional, que velejaria ao sabor dos instáveis ventos que comandam a vontade

---

<sup>119</sup> VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida. *Em vista de um conceito de jurisdição constitucional*. Disponível em [http://www.puc\\_rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15](http://www.puc_rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15). Acesso em: 15.11.2006

<sup>120</sup> Ver antecedentes históricos em SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.24 ss.

do legislador ordinário e terminaria por naufragar na tormentosa e imprevisível vontade de efêmeras maiorias.

No emblemático caso “Marbury v. Madison”<sup>121</sup> adotaram-se os argumentos de Hamilton e a decisão se tornou um marco em defesa do controle da constitucionalidade das leis<sup>122</sup>.

Ganhou força o ativismo judicial na era Roosevelt quando, conforme leciona Manuel Palácios Cunha Melo, “[...] Até 1937, as principais leis do programa de recuperação econômica e de seguridade social do governo democrata foram sistematicamente invalidadas pelo Judiciário [...]”<sup>123</sup>.

O Autor trata o período como a “revolução constitucional de 1937”, elencando as diversas e mais importantes decisões desfavoráveis ao *New Deal*<sup>124</sup>, como a declaração de inconstitucionalidade do *Railway Retirement Act*<sup>125</sup>, o *National Industrial Recovery*<sup>126</sup>, o *Frazier-Lemke Act*<sup>127</sup> e o *Agricultural Adjustment Act*<sup>128</sup>, e os “casos” que representaram maior avanço do ativismo judicial, como em *West Coast Hotel Company v. Parrish* (1936)<sup>129</sup> e em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937)<sup>130</sup>, e observa que, a par da significativa alteração na distribuição de poder entre as unidades federadas e a União:

No território do direito, ocorre um processo homólogo, com a extensão das restrições constitucionais, em muitos casos ainda limitadas aos atos da União, à legislação dos estados. Trata-se, assim, de um processo que a um só tempo remete os procedimentos de *judicial review* a um conjunto de princípios constitucionais sempre mais abstratos – *the guidance of purposes* na formulação do direito responsivo de Nonet e Selznick – e acentua a

<sup>121</sup> Sobre o caso Marbury v. Madison ver CUNHA MELO, Manuel Palacios. *A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.66-74.

<sup>122</sup> Conforme GARGARELLA, R., in: *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06\\_03.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf)>. Acesso em: 20.10.2205, p.56-57.

<sup>123</sup> CUNHA MELO, 2002, p.74.

<sup>124</sup> CUNHA MELO, ano, p.74.

<sup>125</sup> Lei sobre seguridade social do governo federal. CUNHA MELO, 2002, p.75.

<sup>126</sup> Leis sobre política econômica. CUNHA MELO, 2002, p.75.

<sup>127</sup> Lei sobre a moratória de hipotecas. CUNHA MELO, 2002, p.75.

<sup>128</sup> Lei sobre o procedimento de taxação da atividade agrícola. CUNHA MELO, 2002, p.75.

<sup>129</sup> Decisão na qual a Corte negou à liberdade de contrato *status* de princípio constitucional. CUNHA MELO, 2002, p.76.

<sup>130</sup> Decisão na qual a Corte ampliou o conjunto de atividades econômicas que poderiam ser objeto de regulação federal. CUNHA MELO, 2002, p.77-78.

diferenciação funcional da instituição judiciária em face do sistema político, quer porque os direitos dizem respeito aos indivíduos, desconhecendo as fronteiras das unidades federadas, quer porque o controle de constitucionalidade deixa de ter por referência as circunstâncias e razões do legislador constitucional, contrapondo-se implicitamente à idéia de que a representação política constitui o único princípio de legitimidade do governo.<sup>131</sup>

Mas é com a interpretação que a Suprema Corte faz da 14ª Emenda (+ou-1920)<sup>132</sup> que a jurisdição constitucional norte-americana ganha novo conceito, pois ampliou significativamente a intenção do legislador, que visava exclusivamente impedir o ressurgimento da escravidão no sul assegurando direitos básicos não revogáveis pelas legislações estaduais, dentre eles a liberdade de ir e vir, o direito à propriedade e à segurança pessoal<sup>133</sup>.

Entretanto a Suprema Corte, abandonando a intenção do legislador constituinte, promoveu, através de uma revolução na hermenêutica constitucional, a expansão dos direitos individuais de forma a por fim ao sistema legal de segregação racial e afetar a legislação sobre o aborto em muitos estados americanos com os julgamentos de “casos” como *Brown v. Board of Education*<sup>134</sup>, *Reynold v. Sims*<sup>135</sup> e *Roe v. Wader*.<sup>136</sup>

Outro foi o caminho trilhado pelo Constitucionalismo Europeu<sup>137</sup> que, até à ruína provocada pela 2ª Guerra Mundial, inspirava-se no modelo Kelseniano e tinha a constituição, sobretudo, como fonte de organização política que destinava ao Judiciário o papel de aplicador do comando imediato da lei e o Tribunal Constitucional como órgão de controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>131</sup> CUNHA MELO, 2002, p.79.

<sup>132</sup> 14ª Emenda: Seção 1 - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas no Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. Disponível em: <[http://www.mspc.eng.br/temdiv/con525221\\_0\\_Td\(r\)Tj\\_3.36128\\_0\\_Td\( \)Tj\\_21\\_0\\_40091\\_0\\_Td\(v\)Tj\\_5.52](http://www.mspc.eng.br/temdiv/con525221_0_Td(r)Tj_3.36128_0_Td( )Tj_21_0_40091_0_Td(v)Tj_5.52)>

Não se pode olvidar que Kelsen se preocupava em resguardar os valores democráticos, conforme leciona José Adércio, sistematizando um sistema concentrado de controle da constitucionalidade que:

a) passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (*norma normarum*); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária, mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; c) composto de juizes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculantes.<sup>138</sup>

Ocorre que, na Alemanha, não se criou um Tribunal Constitucional como se fez na Áustria, Checoslováquia, Romênia e Espanha<sup>139</sup>, antes adotou-se a tese schmittiana que tinha “[...] no Presidente do **Reich**, a personalidade encarnada no guardião da Constituição<sup>140</sup>”, e a Constituição de Weimar previa, em seu artigo 48, a suspensão dos Direitos Fundamentais pela Lei de Plenos Poderes, subordinando, pois, o papel das garantias e liberdades à conveniência política do Estado, o que acabou por favorecer o fenômeno do Nazismo.

Em contrapartida:

El movimiento constitucionalista que a partir de la segunda Gran Guerra se desarrolla en buena parte de los países de Europa y América ha situado a los derechos fundamentales en el centro de la Constitución y, como consecuencia, en el centro de la atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia constitucionales. Si en una concepción meramente política de la norma fundamental (dominante durante el siglo XIX y buena parte del XX a ambos lados del Atlántico), ésta era sobre todo su parte orgánica (y el derecho sobre la Constitución era en definitiva derecho sobre la organización política), **y si en la concepción kelseniana la Constitución era antes que nada fuente sobre las fuentes del derecho (que se convierten entonces en elemento central del derecho constitucional), en la actualidad, puede afirmarse que la Constitución es sobre todo los derechos fundamentales** (g.n.), y tanto la organización de los poderes como el propio sistema de fuentes se explican -o, al menos, pueden

<sup>138</sup> SAMPAIO, 2002, p.37.

<sup>139</sup> SAMPAIO, 2002, p.38-39.

<sup>140</sup> SAMPAIO, 2002, p.37.

<sup>141</sup> Sobre a controvérsia Cars Schmitt vs. Hans Kelsen, ver CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. *La Contraposición entre Derecho y Poder Desde la Perspectiva del Control de Constitucionalidad em Kelsen y Schmitt*. Cuestiones Constitucionales, n. 15, julio-diciembre 2006. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst15/CUC1503.pdf>>. Acesso em: 18.10.2006.

comprenderse mejor- desde la óptica de una mayor garantía y efectividad de tales derechos<sup>142</sup>.

Ou seja, com o desastre alemão, compreendeu-se rapidamente que a ordem jurídica havia propiciado a implantação de um regime autoritário e intangível, o que inspirou o retorno a um Estado Constitucional que prezasse mais pela democracia e pelos Direitos Humanos. Assim, decorridos 04 anos da rendição alemã, edificou-se a nova Carta Constitucional que passou a vigorar em 23 de maio de 1949 e foi batizada de Lei Fundamental, a qual se inicia enunciando a sua Bill of Rights “[...] delimitando os Direitos Fundamentais do cidadão e as medidas de sua garantia”.<sup>143</sup>

A Lei fundamental no Artigo 1(3), estabelece que os Direitos Fundamentais são normas diretamente aplicáveis e vinculantes aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Este dispositivo combinado com o Artigo 19(2), que admite a restrição limitada de Direitos Fundamentais, mas nunca em sua essência, permite concluir que o novo texto quis erradicar para sempre os efeitos de uma suspensão de Direitos Fundamentais como a provocada pela aplicação do conhecido Artigo 48 da Constituição de Weimar – Lei de Plenos Poderes.<sup>144</sup>

Começava a ser escrita a nova história do Constitucionalismo Alemão.

A Constituição é uma afirmação solene dos direitos fundamentais, marcada pela ruptura com um conjunto de experiências constitucionais anteriores, principalmente no que toca ao período nazista. O texto alemão afirma o caráter intangível dos direitos da pessoa humana, reconhecendo os partidos políticos na formação da vontade política do povo. A lei fundamental não é apenas uma significativa progressão do Estado de Direito, mas exprime igualmente a idéia de democracia militante, que repousa sobre os valores e sua essencial proteção.<sup>145</sup>

Neste contexto, surge, em 1951, o Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, a fim de tornar efetiva a proteção consagrada na Lei Fundamental, verificando-se, na Alemanha e na grande maioria dos países ocidentais uma

<sup>142</sup> MONTORO, Ángel J. Gómez. (Professor titular de Direito Constitucional da Universidade autónoma de Madrid). *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. :análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional Español*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2>, p. 1.

<sup>143</sup> GUEDES, 2005, p.27.

<sup>144</sup> GUEDES, 2005, p.28.

“Tendência de aproximação dos diversos modelos de jurisdição constitucional”<sup>146</sup>, pois:

Um controle preventivo não era incompatível com um sistema de Corte Suprema, como na Irlanda e na Noruega. Um sistema concentrado, por outro lado, também não seria inconciliável com um controle concreto embora exigisse adaptações. As questões de inconstitucionalidade que fossem suscitadas incidentalmente no curso de ações ordinárias haveriam de ser submetidas à Corte Constitucional, como na Itália de 1953, na Alemanha de 1949, na Áustria de 1943, na Espanha de 1978, na Bélgica de 1989, na Hungria de 1989, na Romênia e na Bulgária de 1991 ou na Polônia de 1997. Um recurso individual direcionado a controlar os poderes públicos e a proteger os direitos fundamentais se espalhará pelos dois sistemas e mitigará as diferenças.<sup>147</sup>

Em sua trajetória, entretanto, o TCF não tem recebido apenas reconhecimento pela sua atuação ou mesmo aceitação de sua competência, sofrendo, por vezes, contundentes críticas como, **v.g.**, em Ingeborg Maus, Professora titular de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de *Frankfurt am Main*, que qualifica de exorbitante o percentual de aprovação do Tribunal Constitucional junto à população alemã, na ordem de 65%<sup>148</sup>, e adverte:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização democrática.<sup>149</sup>

Por vezes, a crítica não se dirige ao papel reservado ao Tribunal, mas ao teor de suas decisões, como em Alexy, o qual, apesar de apontar como acertada a condenação dos Sentinelas do Muro de Berlim por homicídios cometidos, entendeu insuficiente sua fundamentação.

É sobre este tema, o polêmico “Caso do Rio Spree”, em cujo julgamento, datado de novembro de 1992, o TCF, embora sob fundamento diverso, reiterou sentença do TSF, condenando soldados que praticaram homicídio em fevereiro de

<sup>145</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *In: As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional*, hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.124-125.

<sup>146</sup> SAMPAIO, 2002, p.40.

<sup>147</sup> SAMPAIO, 2002, p.40.

<sup>148</sup> MAUS, Ingeborg. *In: Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n° 58, nov/2000.

1972, na antiga RDA, deixando-os ao desamparo do artigo 103.2 da Lei Fundamental, que consagra o Princípio da Legalidade, que se desenrola nosso trabalho, no qual analisamos, como desde já adiantamos, a aparente contradição entre o propósito primeiro do TCF, qual seja, a tutela das liberdades e garantias, e sua decisão em desfavor dos guardas de fronteira, para, ao final, nos colocarmos acordes à condenação, mas sob fundamento conceitualmente diverso do invocado pelo Tribunal, bem como do proposto por Robert Alexy.

---

<sup>149</sup> MAUS, 2000, p.187.

## 10 AS DECISÕES DAS CORTES ALEMÃS

### 10.1 A Conduta dos Guardas Fronteiriços

Conforme extraímos do mencionado artigo de Alexy, assim se deram os fatos:

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.

Os soldados agiram amparados pelo § 17.2.a da VoPog e ao comando do número 89 do regulamento de serviço<sup>150</sup> 30/10, do Ministério Para a Defesa Nacional, para o ano de 1967, que estabelecia:

---

<sup>150</sup> José dos Santos Carvalho Filho, consagrado administrativista, assevera que “[...] ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei”, sob pena de invalidade, do que resulta que o ato de regulamentação, oriundo de qualquer nível de autoridade, somente poderá editar norma de complementação ao comando legal, jamais criar direitos ou impor obrigações aos cidadãos, o que,

A patrulha [...] vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que nada atravessasse a linha fronteira 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<sup>151</sup>, resumindo-se a tal procedimento a reação estatal, sequer aventando-se, como parece óbvio, a possibilidade de submissão do caso a julgamento<sup>152</sup>.

---

por óbvio, corresponde à usurpação da função legislativa. O Autor considera “[...] de inegável acerto a afirmação de que só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.” O STJ não discrepa da Doutrina, como se pode verificar no julgamento do Recurso Especial nº 3.3667-SC, 1ª Turma, realizado em 1990, em que foi Relator o Ministro Pedro Aciole, no qual se reconheceu que a tradição constitucional brasileira é de considerar o regulamento como ato normativo secundário à lei, não podendo disciplinar *extra legem*. Na Alemanha atual outro não é o *status* do regulamento.

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. Texto, p. 199.

<sup>152</sup> Aqui cumpre destacar que redobradas seriam as dificuldades caso estivessem os mesmos protegidos pela coisa julgada, que em matéria penal recebe tratamento tão severo quanto o princípio da legalidade, a ponto de, (1) nem mesmo o reconhecimento da nulidades absolutas como em casos de julgamentos proferidos por juízes absolutamente incompetentes, mostrar-se apto para a desconstituição da sentença penal absolutória e (2) não serem pertinentes os argumentos favoráveis à flexibilização da coisa julgada utilizados em referência a matérias cíveis e tributárias.

De outro lado, ou do ponto de vista material, a própria ordem jurídica ditada pelo acoimado Estado injusto da RDA encontraria defesa no simples fato (se houvesse ocorrido) de o caso ter sido levado a julgamento, o que poderia ensejar o argumento de que **seu direito não seria assim tão injusto**, pois não haveria considerado simplesmente conforme a norma a morte de um cidadão, ao contrário, teria considerado em princípio criminosa para, somente após a análise do caso concreto, julgá-la conforme as normas ditadas pelo Estado.

Por óbvio que tal julgamento não poderia constituir-se em uma farsa levada a efeito unicamente para o caso de poder-se opor futuramente a coisa julgada a uma apreciação judicial imparcial do fato.

## 10.2 A sentença do Tribunal Territorial de Berlim

Os guardas fronteiriços sofreram, em grau de recurso, a primeira derrota junto ao TTB e recorreram, sucessivamente, ao TSF e ao TCF.

Na primeira decisão, do TTB, a qual não transcrevemos, limitando-nos a informar, de forma sucinta, seu fundamento e dispositivo, o Tribunal interpretou o § 27 da Lei de Fronteiras da RDA – que autorizava abrir-se fogo para evitar o iminente cometimento ou continuação de um fato punível o qual, em função das circunstâncias, poderia constituir um delito – de acordo com os princípios do Estado de Direito, vinculando sua decisão, em especial, ao princípio da proporcionalidade, que proibiria “sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor”<sup>153</sup>, qual seja, a inviolabilidade da fronteira.

Entendeu, assim, o TTB, que o fato era punível inclusive segundo o Direito da RDA, onde “[...] existieran abundantes reconocimientos oficiales de los derechos humanos [...]”<sup>154</sup>, e não havia qualquer causa de justificação à disposição dos soldados, eis que a vítima não praticava nenhum delito, portanto, não era aplicável o § 17.2.a da VoPog, e acabou, com esta fundamentação, por condenar o soldado recorrente.

Todavia, conforme Alexy, “[...] aquí entraría em consideración um delito contra el orden público, dado que bajo tal rúbrica calificaba el Código penal de la RDA el cruce ilegal de la frontera, esto es, la fuga de la República (§ 213 DDR-StGB)”<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> CARVALHO FILHO, ano, pág. 201.

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin*. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/doxa23\\_09.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/doxa23_09.pdf), 2000, p.200.

<sup>155</sup> ALEXY, 2000, p.200.

### 10.3 A sentença do Tribunal Supremo Federal

A decisão do TTB foi confirmada no TSF, embora se tenha afastado o entendimento de que o fato era punível de acordo com o direito positivo da RDA, pois, segundo o TSF, os guardas podiam invocar o §17.2.a da VoPog ou o regulamento de serviço 30/10 de 1967 sobre a “Organización y Dirección de la Seguridad de la Frontera en la Compañía Fronteriza”, considerando, pois, que a transposição ilegal da fronteira constituía delito capaz de caracterizar a justificação, repita-se, segundo o Direito Positivo da RDA.

O fato de a causa de justificação estar prevista em norma da hierarquia de mero regulamento, tomando-se em conta a situação política vivida na RDA, não a descaracterizava, pois a divisão de poderes naquele Estado totalitário havia caído em segundo plano, de forma que não caberia estabelecer diferença entre ordens de serviço ou regulamento e lei.<sup>156</sup>

Definido como delito o cruzamento ilegal da fronteira e admitida a validade (perante o Direito Positivo da RDA) da causa de justificação, delimitava-se a questão a ser decidida pelo TSF, que assim pode ser traduzida; **o guarda fronteiriço só pode ser apenado, em primeiro, se algo eliminar ou neutralizar a justificação outorgada pelo Direito Positivo da RDA, vigente à época dos fatos, em segundo, se esta eliminação ou neutralização não colidir com o Princípio da Irretroatividade.**

O TSF recorre à Fórmula de Radbruch para decidir que:

---

<sup>156</sup> Entendeu o TSF, entendimento referendado posteriormente pelo TCF, que na análise da posição hierárquica do ato regulamentar, no caso editado sob a forma de disposição interna de serviço que criava a causa de justificação chamada a amparar a conduta dos guardas de fronteira, deve-se ter em conta que, na RDA, “[...] la división de poderes habia caído em um segundo plano y el concepto de ley próprio del Estado de Derecho habia venido progressivamente desvaneciendose”. ALEXY, Robert. *Derecho injusto*, retroactividad y principio de legalidad penal. 2000, p.203. Daí que meras ordens podiam constituir causa de justificação. Assim o TSF reconheceu que, tanto o **§17.2<sup>a</sup> VoPog como o regulamento de serviço 30/10** justificaram, sob a ótica do Direito Positivo da RDA, os disparos mortais (ALEXY, 2000, p.204), o que não implicou em dizer, como sabemos, que os fatos não foram delituosos.

A justificação da morte do fugitivo, resultante do direito então vigente na RDA, e declarada ineficaz por conta de sua “agresión abierta e insuportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional”. Em casos semelhantes, “el derecho positivo ha de ceder ante la justicia”<sup>157</sup>

Conclui, então, o TSF, que as disposições sobre o uso de armas de fogo teriam sido aptas para uma interpretação favorável aos Direitos Humanos, conforme a qual “la muerte de un hombre no puede supeditarse al interés Del Estado en impedir el cruce no autorizado de la frontera interior alemana”<sup>158</sup>.

Ocorre que o TSF deixa claro que somente invoca a Declaração Universal dos Direitos Humanos como ponto de referência<sup>159</sup>, ou seja, não a estabelece como definição, *contraio sensu*, do limite excepcional contido na Fórmula de Radbruch<sup>160</sup>, o que torna insuficiente a aplicação da fórmula e força à sua complementação com a argumentação de que não sofreria, o guarda fronteiriço, nenhum engano em sua confiança na vigência das regras legais, **mas exclusivamente em sua confiança na permanência de uma determinada interpretação do direito escrito**, que não era outra que a prática estatal contrária aos Direitos Humanos.

Aqui, compete-nos revelar a dificuldade de compreender a exata distinção entre a interpretação do direito escrito e o próprio direito escrito, que não se manifesta senão através de uma interpretação, qualquer que seja o resultado.

Desta forma, parece-nos que o TSF não apresentou claramente as razões que o levaram a confirmar a condenação do guarda de fronteira.

Como Alexy já havia expressado, ao comentar a fragilidade da decisão do TTB, enxergando na mesma uma “retroactividad encubierta” pelo fato de que “Y es que al derecho positivo pertenece no solo el correspondiente tenor literal de las

---

<sup>157</sup> ALEXY, 2000, p.205.

<sup>158</sup> ALEXY, 2000, p.207.

<sup>159</sup> Perdeu o TSF a oportunidade de fixar um parâmetro viável para a identificação dos limites do conceito de “direito injusto” nos direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos como direitos de defesa ou salvaguarda da esfera de liberdade do homem contra as intervenções do Estado, mesmo porque são fruto de um processo histórico-político de objetivação e alcançaram um grau de estratificação que dispensa um discurso requintado para justificá-los como o mínimo a ser respeitado pelo direito estatal.

<sup>160</sup> ALEXY, 2000, p.206.

normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa”<sup>161</sup>, aqui o Autor faz a mesma crítica, pois

Si una muerte en la frontera interior alemana, como por ejemplo la del primer caso de los centinelas del muro resuelto por el Tribunal Supremo Federal, y también la que aquí nos ocupa, se mantiene dentro del marco del tenor literal de las determinaciones legales justificantes, y si la aceptación de esta justificación refleja la práctica interpretativa totalmente dominante, entonces el recurso a una interpretación favorable a los derechos humanos – que quizá fuera posible según el tenor literal, pero que contradecía el derecho entonces vigente en la RDA – supone vadear el art. 103 de la Ley Fundamental a través de un maniobra interpretativa retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta.<sup>162</sup>

Por fim, o TSF considerou que não se podia afastar a culpabilidade do guarda de fronteira, porém, nosso trabalho se restringe ao tema da (ir)retroatividade da Lei Penal, pelo que deixamos de comentar a respeito.

#### 10.4 A sentença do Tribunal Constitucional Federal e a fórmula de Radbruch

O que importa é não olvidar que as objetivações científicas do Direito – incompreensíveis sem referência às formas espontâneas de ordenação inerentes ao viver comum, - são por sua vez ingredientes da experiência jurídica, filtrando-se as suas soluções tipológicas, muitas vêzes, até às camadas subjacentes da vida cotidiana, para determinarem novas exigências normativas.

*Reale*

Para melhor fixar os exatos contornos da decisão do TCF, utilizamos a súmula do julgamento comentado por Alexy, ditada na *Resolución de la Sala II de fecha 24 de octubre de 1996*<sup>163</sup>:

**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**

<sup>161</sup> ALEXY, 2000, p.202.

<sup>162</sup> ALEXY, 2000, p.207.

<sup>163</sup> Cf. disponível em <<http://tam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado>>. Acesso em: 02.11.2006.

estado de derecho y los derechos fundamentales, gracias a su estricta formalización.

b) Ordena también que se continúe 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 en la continuidad de causales de justificación no escritas, y en 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 un 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 gravísimo 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 en general por la comunidad de derecho interaccional público. Entonces, debe dar un paso al costado la estricta protección de la confianza, prevista en el inciso 2 del artículo 103 LF.”

Os argumentos expostos no recurso contra a decisão do TSF são (1) a afirmação de que a aplicação da fórmula de Radbruch às causas de justificação existentes no direito positivo da RDA ofende à proibição da retroatividade do artigo 103.2 da Lei Fundamental, e (2) que se lesionou o princípio da culpabilidade, pois a violação da norma penal não havia sido evidente para ele.

Como acima mencionado, limitar-nos-emos à questão da (ir)retroatividade.

Anteriormente vimos que o artigo 103.2, da LF, estabelece que um fato pode ser apenado somente se a punibilidade está determinada legalmente com anterioridade ao cometimento do fato.

O TCF, após ressaltar a validade absoluta ou estrita<sup>164</sup> do referido artigo e reconhecer a vigência da causa de justificação ao tempo dos fatos, decidiu que “Las sentencias recurridas no lesionam derechos fundamentales y tampoco garantias fundamentales equiparables de los recurrentes”<sup>165</sup>

Alexy questiona:

<sup>164</sup> Sobre diferenças entre regra e princípio ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzón Zades. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Derecho y la Justicia. 34, 1993, p. 99.

<sup>165</sup> ALEXY, 1993, p.211, notas de rodapé.

¿como há de conjugarse la punibilidad de los centinelas del muro y de quienes estaban detrás de ellos con la validez estricta de la prohibición de retroactividad, que abarca también causas de justificación reguladas legalmente? ¿Puede excluirse la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA respetando la validez estricta del art. 103.2 de la Ley Fundamental?<sup>166</sup>

Para dizer, logo em seguida, que estas perguntas conduzem ao maior problema que suscita a decisão do TCF a qual, a par de atribuir validade absoluta ou estrita à regra da irretroatividade e reconhecer a causa de justificação, entendeu 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.**<sup>167</sup>

Pero todo esto ya no rige, como expone el Tribunal, en esta 'situación completamente especial', en la que la punibilidad ha de enjuiciarse conforme al derecho de un Estado que 'no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales'.<sup>168</sup>

Logo o fundamento especial de 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 estatal extremamente injusto,

tipificando supuestos de hecho penales para violaciones criminales más graves, pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas escritas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional.<sup>169</sup>

O Jusfilósofo alemão considera que, apesar de o TCF haver afirmado a validade incondicionalmente absoluta ou estrita do artigo 103.2 da Lei Fundamental, – para, ao que parece, evitar que a regra da irretroatividade seja arrastada ao remoinho das onipresentes ponderações de Direito Constitucional – contrariamente sua decisão leva a uma validade estrita ou absoluta do tipo condicionado, que pode

---

<sup>166</sup> ALEXY, 2000, p.212.

<sup>167</sup> ALEXY, 2000, p.212.

<sup>168</sup> ALEXY, 2000, p.212.

<sup>169</sup> ALEXY, 2000, p.212-213.

se dar de duas formas, quais sejam: (1) não se abandona por completo o caráter absoluto e estrito da norma, porém esta guarda uma reserva de ponderação; ou, como escolheu o TCF, (2) elege-se uma cláusula de exceção claramente definida: “[...] la causa de justificación especial de um Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto”<sup>170</sup>

Se assim o é, ao optar pela segunda forma de validade estrita ou absoluta do tipo condicionado, a Corte Constitucional alemã o fez considerando o artigo 103.2 da LF como manifestação do **Estado de Direito**, que não inclui somente o princípio da segurança jurídica, senão também a justiça material<sup>171</sup>, entendimento sinalizado na apresentação de seus precedentes, quando lembra que:

“ha tomado en consideración que, en el caso de una contradición insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material”<sup>172</sup>

A exceção estaria restrita 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 tal circunstância a confiança não desfruta de nenhuma proteção, devendo prevalecer a justiça material.<sup>173</sup>

A definição de uma cláusula de exceção com tamanho rigor se explica na particularidade de que o TCF, apesar haver se declarado, em outros casos, partidário da fórmula de Radbruch, nunca havia tratado de sua aplicação em Direito Penal<sup>174</sup>, o que resultou também em certa hesitação ao fundamentar a decisão com suas bases, a ponto de ser criticado por manifestar-se de forma ambígua sobre a sua incidência no caso,<sup>175</sup> como, por exemplo, quando: (1) afirma que em caso de contradição insuportável entre o direito positivo e a justiça, o princípio da segurança jurídica **pode**(g.n.) ser pior valorado que o da justiça material<sup>176</sup>; (2) afirma que para

---

<sup>170</sup> ALEXY, 2000, p.216.

<sup>171</sup> ALEXY, 2000, p.216.

<sup>172</sup> ALEXY, 2000, p.219.

<sup>173</sup> ALEXY, 2000, p.216.

<sup>174</sup> ALEXY, 2000, p.218.

<sup>175</sup> ALEXY, 2000, p.218.

<sup>176</sup> ALEXY, 2000, p.219.

a fundamentação da punibilidade não é preciso recurso a princípios jurídicos suprapositivos, sabendo-se que a fórmula de Radbruch pressupõe exatamente um direito suprapositivo<sup>177</sup>.

A despeito das apontadas inconsistências, é indubitável que o TCF utilizou da idéia nuclear de Radbruch para tornar inaplicável uma causa de justificação injusta criada no âmbito de um “direito estatal extremamente injusto”, mas fez inserir, no corpo da fórmula, o adjetivo “estatal” para identificar a ausência de um estado de direito, explicitação que nos parece de suma importância.

Já validez estrita ou absoluta, “com uma reserva de ponderação”, proposta por Alexy para marcar a cláusula da irretroatividade, levaria ao mesmo resultado a que chegou o TCF, porém, com fundamentação em uma forma generalizante e através da aplicação direta da Fórmula de Radbruch<sup>178</sup> que, na síntese de Autor, assim se apresenta: “el derecho extremadamente injusto no es derecho”.<sup>179</sup>

O Tribunal, entretanto, em verdadeira interpretação restritiva da Fórmula, afirmou que, na vigência do Estado de Direito, a causa de justificação é “inatendível” ou “não é aplicável”, ao que Alexy reage afirmando que os termos deixam margem à conclusão de que o Tribunal fala de uma inaplicabilidade atual, o que significa dizer que a antiga justificação seguiria vigente, mas não poderia ser utilizada, pois sua invocação estaria vedada.

Tal solução, segundo o Mestre alemão, apresentaria dificuldades de compreensão, pois se uma causa de justificação existe, como impedir sua aplicação(?) e, se se admite sua existência e, ao mesmo tempo, sua inaplicabilidade, está criada a coexistência de situações jurídicas contraditórias entre si, o que leva Alexy a concluir que o TCF, ao falar em inatendibilidade, tomou em conta a Fórmula de Radbruch, cujos efeitos levam à nulidade radical, *ab initio*, da causa de justificação do direito positivo da RDA, e, portanto, o artigo 103.2 restaria

---

<sup>177</sup> ALEXY, 2000, p.220.

<sup>178</sup> “La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insuportable, que la ley, en tanto que ‘derecho injusto’, ha de ceder ante la justicia”

<sup>179</sup> ALEXY, 2000, p.205.

ileso ao simples argumento de que ele não projeta a confiança em uma causa de justificação amparada por uma lei n3n

## 11 NOSSA POSIÇÃO

Podemos sintetizar dizendo que Alexy desejou que o TCF tivesse adotado uma posição mais franca na aplicação da Fórmula de Radbruch, simplesmente declarando a nulidade radical da causa de justificação que vigeu na RDA, segundo a prática estatal, por constituir direito extremamente injusto, ao passo que o Tribunal, apesar de valer-se de Radbruch, preferiu excepcionar a irretroatividade no caso específico de **causas de justificação injustas ditadas por Estado injusto** e, sem afastar a positividade da excludente, declarou-a inatendível no caso concreto.

As soluções, se por um lado coincidem para a condenação dos sentinelas e seus superiores, podem levar a conseqüências futuras diversas.

A 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 reserva de ponderação de que fala Alexy pode ser perigosamente estendida.

Foi certamente sob tal convencimento que:

*La Corte Federal de Justicia há modificado la relación de los criterios vinculados en esta pauta, correspondientes a la fórmula de Radbruch y de los derechos humanos protegidos internacionalmente, de tal modo que se habrían sumado a los criterios de la fórmula de Radbruch que son difíciles de manejar por su imprecisión, criterios más concretos de revisión porque los pactos internacionales de derechos humanos ofrecerían puntos de referencia para cuando el Estado viole derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica internacional.<sup>181</sup>*

De outro lado, a fundamentação do TCF, embora procure resguardar com mais vigor a integridade do Princípio da Legalidade, pois limita a inaplicabilidade da norma da irretroatividade às causas de justificação injustas ditadas por Estado injusto, é inegavelmente casuística, pelo que merece críticas, sobretudo pela

---

<sup>181</sup> Conforme decisão do TCF BverfGE 95, 96- Guardias del muro. *Resolución de la Sala II de fecha 24 de octubre de 1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875 y 1852/94 -*. Item C.II.2.a). Disponível em: <<http://tam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado>>. Acesso em: 02.11.2006.

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<sup>182</sup>.

Não obstante, como certamente diria Arendt, a aplicação estrita do princípio da legalidade, no caso, ofenderia “o mais elementar senso de justiça”<sup>183</sup>. Ou diríamos, o reconhecimento da validade estrita ou absoluta da irretroatividade, no caso, deixaria ao desamparo a justiça.

Com isto queremos dizer que não enxergamos outra solução possível para o julgamento do dito caso 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<sup>184</sup> 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”<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Nas palavras de Alexandre de Moraes: “Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos. Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado, pois, como ressalta Henry Abraham, “as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando”. Como salienta Antonio Scarance Fernandes, a grande destinatária da motivação das decisões judiciais é a comunidade, no intuito de ter “condições de verificar se juiz e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional”. MORAES, Alexandre de. *In: A legitimidade da justiça constitucional*. Disponível em: <[http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art25\\_1.htm](http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art25_1.htm)>. Acesso em: 13.07.2006. Sobre a legitimação da Jurisdição Constitucional a partir da argumentação, ver também SAMPAIO, 2002, p.772 ss.

<sup>183</sup> ARENDT, 2006, p.313.

<sup>184</sup> Sobre a tese do valor moral da segurança jurídica, ver o artigo MANRIQUE, Ricardo Garcia. *Acerca del valor moral da la seguridad jurídica*. Disponível em: <<http://www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>>. Acesso em: 01.11.2006.

<sup>185</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raul. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.203.

## 12 UMA SOLUÇÃO PARA O FUTURO

*Aos fatos passados, as soluções possíveis!* O problema que agora se põe diz respeito à história, não porque os fatos se passaram, mas exatamente porque eles se passaram:

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.<sup>186</sup>

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. Não fôsse 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, e cada geração se estiolaria, que digo eu? [...]<sup>187</sup>

E complementou:

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 [...].<sup>188</sup>

<sup>186</sup> ARENDT, 2006, p.295.

<sup>187</sup> REALE, 1968, p.133.

<sup>188</sup> REALE, 1968, p.134.

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 se impor 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 êle comporta, sendo legítimo o sistema de precauções tendente a evitar abusos e desvios de autoridade.<sup>189</sup>

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.*

---

<sup>189</sup> REALE, 1968, p.134.

### 13 CONCLUSÃO

A esta altura evidencia-se nossa intenção de utilizarmos o estudo do positivismo jurídico e da jurisdição constitucional, ambos estreitamente ligados ao caso dos “Sentinelas do Muro”, menos para apresentarmos um trabalho acadêmico sobre os temas, tão magistralmente tratados nas obras a que nos referimos, do que para os utilizarmos como base daquela que entendemos ser a postura possível e recomendável ante os fatos que se apresentaram e, modestamente, a postura possível e recomendável para 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.

Por fim, retiramos algumas assertivas que resumem nosso pensamento:

1 – A confirmação da condenação dos guardas fronteiriços pela Corte Constitucional alemã foi decisão acertada;

2 – A decisão 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;

3 – Somente a fatos extremamente injustos, praticados ao amparo de causa de justificação ou ausência de tipificação, para âmbitos parciais, provenientes de Direito Positivo de Estado injusto, não incide a regra da irretroatividade;

4- Os Direitos Humanos Fundamentais internacionalmente reconhecidos como direitos de defesa ou salvaguarda da esfera de liberdade do homem contra as intervenções do Estado constituem o parâmetro objetivamente viável para balizar o conceito de direito extremamente injusto, aspecto nuclear da fórmula de Radbruch;

5 – 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;

6 – Embora acertada, pois é a única possível, a decisão do TCF causa certo prejuízo ao Princípio da Segurança Jurídica;

7 – 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 o conflito entre segurança jurídica e justiça material.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Zades. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Derecho y la Justicia. 34, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/serlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23\\_09.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/serlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf). Acesso em: 15.10.2005.

ALMEIDA FERRO, Ana Lúcia. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *in As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raul. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação **contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. *La Contraposición entre Derecho y Poder Desde la Perspectiva del Control de Constitucionalidad em Kelsen y Schmitt*. Cuestiones Constitucionales, n. 15, julio-diciembre 2006. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst15/CUC1503.pdf>>. Acesso em: 18.10.2006

CUNHA MELO, Manuel Palacios. *A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política* (notas sobre um itinerário difícil). Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/UPERJ/FAPERJ, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das Leis Penais* (Teoria e Prática). Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983, p.10.

FEUERBACH, Anselmo. Criteri direttivi del nuovo Codice Penale, in: *Riv. Ital. Di Diritto Penale*, 1935, p. 585.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral, t.I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARGARELLA, R., in: *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06\\_03.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf). Acesso em: 20.10.2005.

GUEDES, Marco Aurélio. *A evolução dos Direitos Fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1849 a 1949*. 2005. Disponível em: [http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais artigos/a evolução alemães.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais_artigos/a_evolucao_alemaes.html), p.27. Acesso em: 22.03.2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volumes I e II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais artigos/a evolução alemães.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicações/mais_artigos/a_evolucao_alemaes.html). p.23.[http://pt.wikipedia.org/wiki/Adolf\\_Hitler#Regime\\_Nazi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Adolf_Hitler#Regime_Nazi).

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans\\_Kelsen](http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen)>. Acesso em: 22.03.2006.

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%Bria\\_da\\_Alemanha](http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%Bria_da_Alemanha)>. Acesso em: 22.03.2006

<http://tam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado>>. Acesso em: 22.03.2006.

[http://www.mspc.eng.br/temdiv/constUSA.asp#eme\\_14](http://www.mspc.eng.br/temdiv/constUSA.asp#eme_14)>. Acesso em: 26.08.2006.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed. v.I, Rio de Janeiro: Forense, 1953.

MANRIQUE, Ricardo Garcia. *Acerca del valor moral da la seguridad jurídica*. Disponível em: <http://www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>>. Acesso em: 11.11.2006.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n° 58, nov/2000.

MAY, Derwent. *Hannah Arendt, uma biografia*. Rio de Janeiro: Casa-Maria Editorial, 1986.

MONTORO, Ángel J. Gómez. (Professor titular de Direito Constitucional da Universidade autônoma de Madrid). La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español). Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2>,

MORAES, Alexandre de. In: *A legitimidade da justiça constitucional*. Disponível em: [http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art25\\_1.htm](http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art25_1.htm). Acesso em: 12.02.2006.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v.2, São Paulo: Saraiva, 1969.

RIBAS, Christina Miranda. *Justiça em tempos sombrios*. Ponta Grossa: UEPG, 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite e outros. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Fernanda Nepomuceno de. *Tribunais de guerra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de D*

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)