

NEGAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DESDE O NACIONAL SOCIALISMO ALEMÃO AO ESTADO NOVO DE VARGAS E REAÇÕES DEMOCRÁTICAS NO PÓS-GUERRA:

Adriano Gouveia Lima ¹

RESUMO

O texto é sobre as reações ao princípio da legalidade, fazendo uma análise histórica desde a segunda grande guerra até os dias atuais. Analisa o contexto constitucional do regime de Vargas e as opções político-criminais do Brasil. Ao final, propõe algumas conclusões sobre a aplicação da legalidade estrita.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da legalidade; Nacional Socialismo Alemão; Estado Novo de Vargas

No final da Segunda Grande Guerra, os países aliados liderados pelos Estados Unidos da América decidiram criar na cidade de Nuremberg um tribunal para julgar os derrotados do Partido Nacional Socialista Alemão que concentrava a sua liderança em Adolf Hitler. Resultou-se em uma série de treze julgamentos entre 1945 e 1949 com acusações que variavam entre assassinato, escravidão, tortura e outras atrocidades cometidas contra militares e civis dos países ocupados pelo nazismo. Alguns dos denunciados nazistas foram também acusados de serem responsáveis pela perseguição aos judeus e a outros grupos raciais.

A criação da “Corte de Nuremberg” foi um progresso para muitos, porque impôs punições para aqueles que atentaram contra os direitos humanos na Segunda Grande Guerra e, para outros, foi uma improvisação arbitrária dos vencedores com a negação dos postulados do direito penal clássico como a legalidade e a anterioridade nos dizeres de Néelson Hungria.

Na visão de Eugênio Raúl Zaffaroni, o nazismo de Hitler chegou ao extremo de sustentar o mito da raça e, para isso, usou irracionalmente uma concepção segregativa de delito, pois era crime tudo aquilo que atacava a raça do povo Alemão, chegando-se ao absurdo de sancionar-se criminalmente relações sexuais de arianos com judeus, impondo penas que chegavam até mesmo à morte e castração, o que eliminou o princípio da legalidade na Alemanha mediante introdução da analogia com sentenças altamente desproporcionais que feriam a dignidade do ser humano.

Tanto é verdade que o Professor Damásio Evangelista de Jesus, em seu Manual de Direito Penal, parte geral, assim afirma: “Na Alemanha, ao tempo de Hitler, a Lei de 28-6-1935, abolindo o § 2.º do CP de 1871, dispunha: “Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a idéia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo”. A sã consciência popular correspondia ao que o Führer determinava a todos. Atualmente, o CP alemão no § 1.º do art. 2.º preceitua: “Determina-se a pena e suas conseqüências de acordo com a lei que vigora ao tempo da infração”.

A ideologia de Nuremberg, então, propôs uma contra reação legalista dos aliados vencedores a estes atentados ofensivos à legalidade estrita praticados pelos Alemães na sustentação da suposta raça superior. Entretanto, a defesa de Hermann Goering, um dos generais de Hitler, alegou ofensa ao princípio da legalidade pela própria Corte de Nuremberg.

Também em seu favor alegou a obediência a ordens superiores, afirmação repudiada posteriormente pelo Tribunal, assim fundamentadas pelo magistrado Biddle: “os indivíduos têm deveres internacionais a cumprir, acima dos deveres nacionais que

¹ Professor de Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário de Anápolis-Go. Especialista em Direito Penal. Advogado militante na área criminal. gouveialima@hotmail.com fone: (62) 81419103

um Estado particular possa impor”.

O “juízo de Nuremberg” só foi superado em tempo pelo posterior “juízo de Tóquio” que começou em 3 de maio de 1946 e finalizou em 12 de novembro de 1948, com decisões parecidas às adotadas no primeiro, ou seja, de legalidade questionada pela defesa dos próprios réus que estavam sendo julgados.

É interessante observar que não havia para nenhuma das cortes que simbolizavam a justiça dos vencedores, um código penal de guerra aplicável transnacionalmente ou, sequer, qualquer dessas cortes havia sido instituída previamente, desrespeitando-se, assim, aos princípios do juiz natural, legalidade e anterioridade, e chegando-se a afirmar que tudo era um brinquedo dos vencedores para aniquilar os derrotados de guerra segundo críticas especializadas da época.

Ao mesmo tempo em que se discutia no cenário internacional a legalidade dos Julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, o Estado Novo de Getúlio Vargas declarou guerra ao Nazismo Alemão em 21 de agosto de 1942 pelo então Ministro das Relações Exteriores Oswaldo Aranha. Mas o interessante a se observar na história é que, pouco antes, quando Vargas anunciava o regime ditatorial Brasileiro em 10 de novembro de 1937, fechou o Congresso Nacional mediante decreto e instituiu a Constituição de 1937, com tendências nazi-fascistas, conhecida como a Constituição Polaca.

Determinou-se censura institucional aos meios de comunicação e aniquilou-se a política democrática, prendendo e perseguindo inimigos do regime e, ao final, adotou medidas econômicas nacionalizantes dando continuidade com a sua política trabalhista criando a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 de tendências iminentemente fascistas baseadas na Carta Del Lavoro da Itália.

Face ao poder da ditadura Vargas, de cara Fascista, mas simuladamente adepta aos ideais democráticos do bloco ocidental Americano, criou-se em 1940 através do Decreto Lei 2848 o Código Penal; em 1941 pelo Decreto Lei 3688 a Lei de Contravenções Penais e também em 1941 o Decreto Lei 3689 instituiu o Código de Processo Penal. A parte especial do Código Penal continua em vigência até os dias atuais bem como os demais Decretos Leis, embora parcialmente modificados.

E no auge do questionamento internacional, acerca da indevida quebra do princípio da legalidade no cenário da 2ª guerra mundial, bem como na contrarreação do pós-guerra pelos aliados que criaram cortes de guerra, foram-nos entregues estatutos repressivos com tendências que aderiam ao regime de repressão e medo antilegalista, sendo todos veiculados através das antigas figuras jurídicas dos Decretos Leis.

Na visão da pesquisadora Ana Maria Dietrich, da Universidade de São Paulo, em artigo publicado na revista Veja, edição 1726 de 14 de novembro de 2001 na página 82, conclui a pesquisadora que Hitler não era um adversário do Brasil até 1942. Muito pelo contrário. Em 1938 a Alemanha abocanhava uma fatia de 22% do comércio exterior brasileiro. Justamente, nesse ano e nos dois anos seguintes Vargas editou essa série de decretos leis de face iminentemente antidemocrática, pois ao tempo vigia o regime de exceção da Constituição Federal de 1937, portanto, outorgada.

A grande contradição de Vargas é que, muito embora estivesse o Brasil na dependência econômica dos Estados Unidos da América, desenvolvia-se aqui uma política interna com bases nazi-fascistas conforme dito alhures, sendo que, a bancarrota desse regime na Europa foi determinante para o fim do Estado Novo em 1946, com a nossa reabertura democrática que teve vida efêmera, posto que, durou apenas 18 anos e, mais tarde, sofreu outro golpe com a revolução de 1964 voltando ao contexto da desordem constitucional, o que fez que houvesse uma amnésia legal no que se refere ao respeito da legalidade estrita que é base da democracia em um regime constitucional

Na visão do Desembargador Paulo Rangel, “doravante o país passaria a ser administrado através de atos institucionais (AIs) e o primeiro deles foi o AI 1 de 09 de abril de 1964, em que a garantia da vitaliciedade dos magistrados foi suspensa por seis meses, dentre outras medidas severas contra os direitos e garantias individuais”.

O mais interessante é que no texto retrógrado da Constituição Polaca de 1937, simpática ao esquema nazi-fascista que foi reproduzido em partes na ditadura Vargas, estava previsto, literalmente o seguinte: DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)15 - todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a - (...) b- medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c - providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado (original sem grifos).

Tal redação, conforme estava disposta, continha conteúdo flagrantemente aberto e dava margem ao arbítrio tirânico do regime

da época, o que ocasionou a perseguição de inúmeros inimigos do regime com ofensa à legalidade constitucional.

A história mostra-nos que nesses tempos idos, tanto nas potências aliadas quanto nos derrotados que ficaram arrasados com a destruição em massa e até mesmo no Brasil que ficou como um pêndulo entre as ideias nazi-fascistas que à época lhe eram simpáticas, mas com a dependência inarredável dos Estados Unidos, tendo feito parte do bloco dos países vencedores, o direito penal sofreu com a indefinição dos crimes e das penas como também o mundo sofreu com a indefinição política. Os tipos eram criados na nossa República por Decretos Leis, como é o caso da parte especial do nosso Código Penal que perdura até hoje bem como os demais textos legislativos já mencionados e sem qualquer inconstitucionalidade à época, pois o texto da Constituição era outorgado e refletia a vontade do governante.

Logo, não se encontrava na Constituição de 1937 um dispositivo sequer alusivo ao princípio da legalidade estrita e prévia como há agora na reabertura democrática que redefiniu um novo ciclo constitucional desde outubro de 1988.

Consequentemente à avalanche mundial de arbitrariedades e sob os auspícios do regime constitucional outorgado de outrora, criou-se no Brasil a cultura dos tipos penais abertos com uma vacuidade indecifrável e que colocava o cidadão em uma relação de dependência tirânica com o Estado ditador afastando, assim, a garantia constitucional da legalidade com desprestígio da vontade impessoal da lei pela preferência da vontade pessoal do governante. Essa foi uma das características do nosso regime de exceção.

Agravando ainda mais a situação, criaram-se tipos penais de autor que se caracterizam como uma grave ofensa à legalidade, onde não se pune pelo fato praticado, mas a punibilidade dá-se em razão da pessoa do agente (punibilidade pela conduta da vida). Os exemplos embora revogados mas muito evidentes foram o artigo 240 do Código Penal (adultério); a causa de aumento de pena do artigo 226, III (aumento de pena nos crimes contra os costumes pelo mero fato do agente ser casado) e os incisos VII e VIII do artigo 107 que tratavam da extinção da punibilidade do agente que praticava crimes contra os costumes no caso do casamento da vítima com o autor do fato ou com terceiro, sendo que, o avanço legislativo que revogou tais dispositivos deram-se tardiamente somente com a edição da lei 11.106 de 28 de março de 2005.

O mais interessante é que somente com a edição dessa última lei, ou seja, passados 65 anos da edição do Decreto Lei que criou a parte especial do Código Penal, é que se extinguiu a tão criticada expressão “mulher honesta” contida nos artigos 215 e 216 do Código Penal, cujo significado nunca foi desvendado efetivamente por qualquer pessoa no território nacional.

Nos dizeres do Procurador de Justiça e Professor Rogério Greco “tal exigência, de cunho nitidamente machista e preconceituoso, contrariava inúmeros princípios fundamentais, podendo-se destacar, dentre eles, o da isonomia, pois que, atribuindo a qualidade de honesta à mulher, fazia, entre elas, grosseira distinção. Além do mais, por se tratar de elemento de natureza normativa, que exigia uma valoração subjetiva pelo intérprete, trazia insegurança e instabilidade jurídica, pois que cada um formulava o seu próprio conceito de honestidade ligado, como regra, à área sexual”.

O fato é que honestidade para muitos era sinônimo de pudícia sexual, excluindo-se absurdamente aquelas que comercializavam sexo da proteção legal e, de uma forma machista e exclusivista, fincou-se um evidente desrespeito à dignidade da pessoa humana, tão afastada da realidade naquele regime de tirania estatal.

E no auge da repressão política, reafirmando ainda mais o horror causado por regimes de exceção e lacrando a democracia com uma sepultura de medo temos o exemplo vergonhoso da Lei 5.941 de 22 de novembro de 1973 conhecida como “Lei Fleury”, a qual, modificando a redação do § 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal, permitiu que o réu primário e de bons antecedentes permanecesse em liberdade caso pronunciado a júri, favorecendo-se, assim, de forma casuística, o maior comandante do regime ditatorial que liderava o esquadrão da morte em São Paulo. Na opinião de Paulo Rangel, não obstante ser tal lei extremamente vantajosa para os réus que se encontrassem naquela situação tinha tal lei endereço certo e determinado, podendo ser chamada de “bonita por fora e feia por dentro”.

Com o aniquilamento posterior dos sistemas ditatoriais no mundo e, em especial, no Brasil após a reabertura democrática (que é contemporânea com a queda do muro de Berlim), o ativismo normativo conectado diretamente ao Estado Social de Direito pede racionalidade das leis submetidas ao seu contingente maior que é a soberania popular, encontrando, assim, a legitimidade nas bases também populares. Nessas bases forma-se o processo legislativo constitucional democrático que é a rota primordial a ser seguida pelos poderes da República, sendo que, o desrespeito a essa regra cogente pode ocasionar inconstitucionalidade formal ou material dependendo do caso.

Há de se concluir que a dignidade da pessoa humana, antes esquecida, hoje é o núcleo de toda a ordem constitucional ou, nos dizeres do Professor de Coimbra J. J. Canotilho, “fonte normogenética integradora para as demais normas”. E com base nessa dignidade constitucional veda-se qualquer iniciativa legislativa que cause indefinição no texto das leis penais em afronta ao ga-

rantismo legal.

Seres humanos necessitam de medidas humanas para a proteção dos direitos humanos, porém, essa necessidade não deve ser buscada com o retribucionismo de lei e ordem para o qual o Brasil aponta. Consumimos (e essa é a expressão: consumimos!) gradual e historicamente um produto penal de baixa qualidade científica que é realidade de países periféricos com economia descentralizada e informal para as classes mais pobres que estão fora da cadeia de produção, conforme diz Eugênio Raúl Zaffaroni.

Consequentemente, criam-se os argumentos perigosistas que se fecundam nas instituições policiais e deságuam em sanções penais sem qualquer proporcionalidade, traduzindo-se a ideologia das elites capitalistas como uma tentativa de manutenção do estado de continuísmo histórico de dominação do capital.

Agravando a situação, o réu em processo penal ou o condenado, que se torna joguete do sistema, é colocado em instituições prisionais que desfragmentam o seu ser individual e totalizam o seu caráter transformando-o em espelho opaco da ideologia da lei e da ordem que tem na vingança social o melhor discurso de tolerância zero contra o crime. Extraí-se que tudo isso ainda é resquício de uma ideologia ditatorial sepultada, porém, viva, e que coloca a pessoa humana em último plano apenas para manter o falido discurso de segurança nacional que programa o direito penal do terror.

O discurso degradante de lei e ordem, terror e punição pela vingança ou castigo realçam a exaltação ao Estado ditador falido corporificado em juízes inquisidores e instrumentaliza as ideologias repressivas nos detalhes em que são úteis para justificar o encarceramento, descartando o resto, cientificamente, útil e difundindo apenas o que lhe convém, etiquetando indivíduos em determinadas bolhas de existência social com um discurso onde o rótulo destinado para perigosos sociais infesta a mídia repressiva e inocula medo nas pessoas.

Incrementam-se as penas, criam-se institutos diferenciados de aplicação de pena e de regimes penais e investe-se em estabelecimentos prisionais de segurança quase total que descaracteriza o utilitarismo pregado por Feuerbach. É necessária a menção Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli: “o criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar (teoria do etiquetamento ou labelling theory) e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização”.

Concluimos que tal postura político-criminal que etiqueta (labelling theory) a pessoa dando a ela uma roupagem preconceituosa é típica de Estados socialmente falidos e, da mesma maneira, certos institutos como a reincidência, os elementos subjetivos na dosimetria da pena contidos no artigo 59 do Código Penal, quais sejam, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, e os delitos anões de mendicância (já revogado) e vadiagem dos artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais ferem o princípio de garantia do tipo penal causando um retrocesso à ideologia do perigosismo Estatal.

Insistir na aplicação de dispositivos penais abertos e indefinidos nos dias atuais é um evidente retorno aos lamentáveis tempos de exceção ditatorial, do qual resta amarga lembrança na história do Brasil e do mundo e para os quais ninguém quer mais voltar.

A democracia atual e suas estruturas não comportam mais a subsistência de institutos que não possuem legitimidade constitucional e, talvez por falta de contextualização histórica, talvez por insistência de um tecnicismo desfragmentador da pura ciência jurídica, muitos operadores do direito de todas as áreas não se atentam para isso, fazendo da legalidade um mero discurso semântico e sem aplicação na formação da real linguagem penal conforme nos ensina Luigi Ferrajoli. A essas pessoas que não compreendem o poder de conotação dos princípios democráticos do direito penal e descrentes na legitimidade do poder constitucional resta apenas uma lembrança que talvez os faça refletir para evitar maiores erros além dos que já foram e ainda são cometidos por alguns: Nuremberg não é aqui!

Abstract: This paper is about legality principle, focusing the historical problem since Second World War till our days. Analyses the constitutional structure in the government of Vargas and the criminal options in Brazil. At the end, proposes some conclusions about the strict legality.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BITTENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2010
- FERRAJOLI, Luiji. **Direito e razão teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, parte geral teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial**. Niterói: Impetus, 2009. v.3.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- REVISTA VEJA. Edição 1726, 14 nov. 2001, p. 82.
- RIPOLLÉS, José Luiz Dies. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: RT, 2008.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009.

REFERÊNCIAS VIDEOGRAVADAS:

- COHEN, Peter. **Arquitetura da destruição** (undergungens arkitektur). 1989. VersátilHome Vídeo.
- SIMONEAU, Yves. **O julgamento de Nuremberg**. Warner Home Vídeo. 2004.