O CONFLITO TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS QUANTO À MEDIDA DE SEGURANÇA (*SICHERUNGSVERWAHRUNG*) POR TEMPO INDETERMINADO

João Costa Neto[1]

Submetido (*submitted*): 4 de março de 2013.
Aceito (*accepted*): 9 de novembro de 2013.

Resumo: Na Alemanha, réus imputáveis (Schuldfähig) também podem ser submetidos a uma medida de segurança, após o cumprimento da pena propriamente dita. Em 5 de fevereiro de 2004, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) alemão decidiu que a medida de segurança (Sicherungsverwahrung) não feria a Lei Fundamental alemã (Grundgesetz). Anos depois, em 17 de dezembro de 2009, em sentido diametralmente oposto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entendeu que a Sicherungsverwahrung fere a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como se pode imaginar, a oposição entre as decisões dos dois tribunais, o alemão e o europeu, gerou um conflito e uma indisposição de abrangência internacional. O conflito é eminentemente transconstitucional, uma vez que envolve ordens jurídico-constitucionais sobrepostas e entrelaçadas e que não são hierarquicamente superiores uma a outra. Dessa forma, a única solução é o constante diálogo e entendimento recíproco, o que parece ter ocorrido. Isso porque o impasse se resolveu, ao menos em parte, em 4 de maio de 2011, oportunidade na qual o BVerfG reviu seu posicionamento, superando o prece-

[1] Doutorando em Direito Público pela *Humboldt-Universität zu Berlin*. Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Romano pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Professor Substituto de Direito Administrativo e de Direito das Sucessões na UnB e Advogado em Brasília. *Student Member* da *Society for the Promotion of Roman Studies* (Fundada em 1910) e da *Society for the Promotion of Hellenic Studies* (Fundada em 1879).

dente (overruling) de 2004, e passando a entender que a Sicherungsverwahrung era inconstitucional. A Corte alemã citou a decisão do TEDH, a qual, segundo o BVerfG, continha novos aspectos para a interpretação da Lei Fundamental.

Palavras-chave: medida de segurança; Tribunal Constitucional Federal; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; Transconstitucionalismo.

Abstract: In Germany, defendants can be subjected to the so-called preventive detention (Sicherungsverwahrung) after having served in prison for the crimes they committed. On February 5, 2004, the German Federal Constitutional Court (BVerfG) ruled that the preventive detention did not violate the German Basic Law (Grundgesetz). Years later, on December 17, 2009, the European Court of Human Rights (ECHR) held that the Sicherungsverwahrung infringes the European Convention on Human Rights. The clash between the decisions of the two courts generated an international conflict, which is eminently transconstitucional, since it involves overlapped and interlaced legal and constitutional orders that are not hierarchically superior to one another. Thus, the only solution available was constant dialogue and mutual understanding. That seems to have occurred, inasmuch as, on May 4, 2011, the BVerfG revised its initial verdict, overruling the previous 2004 decision, and holding that the Sicherungsverwahrung was unconstitutional. In its new ruling, the German Federal Constitutional Court extensively quoted the decision of the ECHR, which, according to the BVerfG, contained new aspects for the interpretation of the Basic Law.

Key words: provisory detention; Federal Constitutional Court; European Court of Human Rights; Transconstitutionalism

1. Introdução

Diferentemente do Brasil, onde medidas de segurança são impostas exclusivamente a réus inimputáveis[2], na Alemanha, réus imputáveis (*Schuldfähig*) também podem ser submetidos a uma medida de segurança.[3] Isso pode ocorrer, por exemplo, com um sociopata, que, embora neurologicamente sadio, seja

[2] O sistema duplo-binário, que envolve a aplicação cumulativa de pena propriamente dita e medida de segurança, foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro até 1984, por força dos artigos 75 e seguintes do Código Penal então vigente. Os mencionados artigos, atualmente revogados, previam a aplicação de medida de segurança, após o cumprimento da pena, em caso de permanência da "periculosidade do agente". Com a reforma da parte geral do Código, deixou-se de adotar o sistema duplo-binário no Brasil.

[3] O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) relata que são vários os países da União Europeia que têm prescrições semelhantes às da Alemanha nesse ponto, o que faz com que alguém imputável possa ser submetido a uma "medida de segurança". É o que ocorre, p.ex., na Áustria, Dinamarca, Itália, Suíça, etc. cf. TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.

obcecado por praticar crimes. Na Alemanha, o cerne da aplicação, ou não, de medida de segurança (*Sicherungsverwahrung*) é mensurar a probabilidade de o condenado voltar a criminar. Amiúde, entretanto, sabe-se que, também na Alemanha, essa alta probabilidade é identificada em casos que envolvem condenados com algum distúrbio social ou mental grave. Isso porque casos assim fazem com que se possa dizer, com ponderável segurança, que o condenado irá voltar a praticar crimes quando deixar a prisão.

Normalmente, na Alemanha, a *Sicherungsverwahrung* é executada em face de réus que já cumpriram suas penas. Em regra, aplica-se medida de segurança na própria sentença condenatória, de modo a ressalvar que, após o cumprimento da pena imposta, o réu continuará preso enquanto perdurar seu grau de alta periculosidade. Dito de outra maneira: caso fique constatado que há um grave perigo de reiteração criminosa, mesmo após o cumprimento da pena, o condenado será mantido em cárcere por período indeterminado.

Em 5.II.04, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) decidiu que a medida de segurança (*Sicherungsverwahrung*) não feria a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*).[4] Anos depois, em 17.XII.09, em sentido diametralmente oposto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entendeu que a *Sicherungsverwahrung* fere a Convenção Europeia de Direitos Humanos.[5] Especificamente, a Corte europeia vislumbrou violação do art. 7, n. 1, da Convenção, segundo o qual: "Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida."

Trata-se do celebérrimo princípio da legalidade, que foi enunciado, concisamente, em alemão, na forma do adágio "*Keine Strafe ohne Gesetz*". Para o TEDH, a *Sicherungsverwahrung* tornava o tempo de cumprimento de pena impossível de ser previamente conhecido e calculado. Na prática, a *Sicherungsverwahrung* fazia com que alguém condenado, inicialmente, a uma pena finita cumprisse uma pena, ao menos potencialmente, infinita ou perpétua (*rectior*: vitalícia). Segundo o entendimento da 5ª seção daquela Corte europeia, o âmago do princípio da legalidade é, precisamente, estipular uma pena que possa ser determinada previamente à prática do crime, o que, alegadamente, estava sendo inobservado pela legislação alemã.

Além disso, pela decisão do *BVerfG*, inovações legislativas aptas a alterar as condições de execução das medidas de segurança (*Sicherungsverwahrungen*),

[4] *BVerfG*, 2 BvR 2029/01, de 5.II.04.

[5] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.

inclusive aumentando os prazos a serem cumpridos, podem ser aplicadas àquelas medidas ainda em curso. Argui-se que a *Sicherungsverwahrung* não é pena e, por isso, não está sujeita à vedação da retroatividade. Já para o TEDH, a aplicação de leis novas a *Sicherungsverwahrungen* ainda em curso é evidentemente contrária ao princípio da legalidade, do qual, segundo o Tribunal, decorre a vedação da retroatividade de leis penais.

Cumpre esclarecer que, na judicatura do Supremo Tribunal Federal, já resta consolidado que não se pode executar medida de segurança por mais de 30 (trinta) anos, sob pena de instituição, no Brasil, de pena perpétua, o que é constitucionalmente vedado (art. 5º, XLVII, "b", CF).[6]

Como se pode imaginar, a oposição entre as decisões dos dois tribunais, o alemão e o europeu, gerou um conflito e uma indisposição de abrangência internacional. Afinal, um tribunal europeu, alegando contrariedade ao direito comunitário, condenava o governo da Alemanha por ter feito e cumprido uma lei que já havia sido declarada compatível com a respectiva Constituição nacional, isto é, o *Grundgesetz*.

O conflito é eminentemente transconstitucional, uma vez que envolve ordens jurídico-constitucionais sobrepostas e entrelaçadas e que não são hierarquicamente superiores uma a outra. Dessa forma, a única solução é o constante diálogo e entendimento recíproco, o que parece ter ocorrido.[7]

Isso porque o impasse se resolveu, ao menos em parte, em 4.V.11, oportunidade na qual o *Bundesverfasssungericht* reviu seu posicionamento, superando o precedente (*overruling*) de 2004, e passando a entender que a *Sicherungsverwahrung* era inconstitucional.[8] A Corte alemã citou a decisão do TEDH, a qual, segundo o *BVerfG*, continha novos aspectos para a interpretação da Lei Fundamental (*die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten*).

Ou seja, afirmou-se que a Corte europeia trouxera informações, fáticas e jurídicas, capazes de ajudar a interpretar a própria Constituição nacional. Ademais, asseverou-se que isso poderia levar à superação da força jurídica ou do trânsito em julgado de uma decisão do *Bundesverfassungsgericht* (*Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können*), mormente se se observa, segundo a Corte alemã, que se devem interpretar as determinações da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de modo amigável ao direito internacional (*Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen*).[9]

---

[6] cf., p. ex., **HC 84219, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16.VIII.05**; RHC 100383, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18.X.11.

[7] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*.

[8] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09, de 4.V.11.

[9] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09, de 4.V.11.

A decisão fez uso da conhecida declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e limitou-se a dar um prazo (até 31.V.13) para que o legislador alemão confeccione novas regras para lidar com a situação dos condenados que estejam submetidos à *Sicherungsverwahrung*.[10] A parte III da decisão é clara ao fundamentar a necessidade da declaração sem pronúncia de nulidade a fim de evitar-se um vácuo jurídico (*ein „rechtliches Vakuum"*). Dessarte, até a data deferida ao legislador, as prescrições do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) concernentes à *Sicherungsverwahrung*, continuarão plenamente vigentes.[11]

A decisão do *Bundesverfassungsgericht* de maio de 2011 foi de certa maneira reiterada em outubro daquele ano, quando a Corte alemã declarou inconstitucional uma lei do estado federado (*Bundesland*) de Baden-Württemberg.[12] A lei sobre acomodação de fisicamente doentes (*Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker*) de Baden-Württemberg impunha tratamento coercitivo com caráter correcional e de prevenção criminal, o que foi tido por inconstitucional, à luz da decisão anteriormente proferida e de outras. Guardadas as devidas proporções, a decisão contra a lei de Baden-Württemberg foi prolatada nos mesmos moldes e de maneira análoga ao que fora feito em maio de 2011.

Buscar-se-á, a seguir, explicitar melhor alguns aspectos das mencionadas decisões e de assuntos correlatos.

2. O que é a *Sicherungsverwahrung?*

Impõe-se observar, dessa forma, que a medida de segurança, na Alemanha, possui feição de prisão, de "detenção preventiva". Isso fez com que alguns dos tradutores que verteram a expressão "*Sicherungsverwahrung*" para o inglês usassem o termo "*preventive detention*". É importante frisar, entretanto, que a *Sicherungsverwahrung* não é uma prisão de cunho processual, a saber, ela não se presta a garantir a regular instrução processual, a ordem pública ou coisa que o valha, como ocorre no caso das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

Na verdade, ela é preventiva, única e tão somente, à medida que visa a evitar que alguém que já foi condenado e que já cumpriu pena volte a delinquir.

A *Sicherungsverwahrung* é regrada pelas seções 66, 66a e 66b do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB). Nas mencionadas prescrições legais, constam os pressupostos que condicionam a imposição de *Sicherungsverwahrung*.

[10] Como se sabe, esse tipo de exortação ao legislador configura uma *Appellentscheidung*. A respeito, cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 80ss.

[11] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09, de 4.V.11.

[12] *BVerfG*, 2 BvR 633/11, de 12.X.11.

Em primeiro lugar, deve-se mencionar que ela deverá estar prevista na sentença condenatória de maneira anexa ou acessória à pena (*neben der Strafe*) (§ 66, (1), StGB). Quanto aos demais requisitos, previstos nos mencionados artigos, por uma questão metodológica, não parece ser interessante enfrentá-los, sob pena de se ingressar em minudências de somenos importância. Isso porque são vários requisitos, alguns concorrentes e outros não.

Faz-se mister notar, entretanto, que, salvo algumas exceções, não se pode sofrer medida de segurança, se se foi condenado a menos de dois anos ou se o crime pelo qual se foi condenado não foi praticado contra a vida, a integridade física ou corporal (*körperliche Unversehrtheit*), a liberdade pessoal ou a autodeterminação sexual (§ 66, (1), 1, "a", StGB).

Alguns crimes previstos nas leis de entorpecentes (*Betäubungsmittelgesetz*) e no Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch* – VStGB) – o Código criado na Alemanha para que aquele país se adequasse às disposições do Estatuto de Roma -, também podem ensejar a aplicação de medida de segurança, desde que a pena pela qual o réu foi inicialmente condenado seja superior a 10 (dez) anos (§ 66, (1), 1, "b", StGB).

Destaque-se, ainda, a § 66a do StGB, segundo a qual o Tribunal (*Gericht*) ou o Juiz que condenaram o réu pode reservar-se o direito de apreciar, após o cumprimento da pena fixada, se se deve ou não aplicar medida de segurança. Nesse caso, por expressa previsão legal, um Juiz de primeira instância (*im ersten Rechtszug*) vinculado ao tribunal que exarou a condenação, ou o próprio Juiz sentenciante, voltará a examinar o caso em qualquer oportunidade futura, desde que antes de cumprida integralmente a pena inicialmente fixada.

Característico do modelo de *Sicherungsverwahrung* previsto no StGB é a possibilidade, ao menos potencial, de duração ilimitada e permanente desse tipo de medida. Dessa forma, desde que o Tribunal e os juízes que o integram (inclusive em primeira instância, se for o caso), decidam em reiteradas ocasiões pela manutenção da medida, o réu nunca terá como deixar o cárcere. Por uma via oblíqua, protrai-se a pena fixada inicialmente, de modo a manter o condenado por mais tempo na prisão, o que pode converter uma pena de 5 (cinco), 10 (dez), ou 15 (quinze) anos em perpétua.

Repise-se, outrossim, que a Alemanha não adotou o modelo vicariante de aplicação de medida de segurança, mas sim aquele denominado duplo binário. Lá, réus imputáveis ou inimputáveis podem ser submetidos a medidas de segurança (*Sicherungsverwahrungen*), após o cumprimento da pena propriamente dita, desde que, se colocados em liberdade, ofereçam perigo concreto à sociedade.

3. A Primeira Decisão do *Bundesverfassungsgericht*

Na primeira decisão do *Bundesverfassungsgericht*[13], tomada, como dito, em 5.II.04, esse Tribunal fixou a tese de que a *Sicherungsverwahrung* não feria, por si só, a dignidade humana (*Menschenwürde*) do condenado.[14] Para o *BVerfG*, a aplicação da *Sicherungsverwahrung* deveria ser sempre uma exceção, de modo a observar a sua necessidade (*Erforderlichkeit*). Noutras palavras, só se deveria admitir tal medida, se não houvesse outros meios igualmente eficazes a impedir que o condenado que cumpriu sua pena voltasse a praticar crimes.

Porém, mesmo nos casos em que se fizesse presente a necessidade, enquanto requisito para a aplicação da *Sicherungsverwahrung*, durante a sua execução, o governo deveria respeitar alguns requisitos. O primeiro e mais importantes deles, segundo o *BVerfG*, seria permitir que todo e qualquer condenado submetido àquela medida pudesse, ao menos potencialmente, reconquistar sua liberdade.

Em última instância, o comportamento do indivíduo submetido à *Sicherungsverwahrung* deve ser determinante para definir, se ele pode, ou não, reobter a própria liberdade. Dessa forma, garantir-se-ia uma importante dimensão da autonomia do indivíduo, cuja preservação, segundo o *BVerfG*, é decorrência e corolário da dignidade humana.

Afinal, se a dignidade humana implica a vedação de tratar um ser humano como mero objeto, ignorando sua subjetividade, então é forçoso reconhecer a livre responsabilidade (*freiheitliche Verantwortung*) do indivíduo pelo curso da própria vida. Isso obsta que o Estado retire dele todo o poder de interferir, por meio da sua autodeterminação, na aplicação da *Sicherungsverwahrung*, inclusive para pôr fim a ela, se for o caso.[15]

Nesse ponto, a decisão é bastante semelhante a uma outra, igualmente, proferida pelo *BVerfG*, que assentou ser a pena perpétua compatível com a Lei Fundamental. Porém, estipularam-se uma série de pressupostos para a sua constitucionalidade, a serem clara e coerentemente regulados por meio de lei em sentido formal, em homenagem ao princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).[16] O Tribunal decidiu, naquela ocasião, que a pena perpétua é constitucional desde que permaneça uma chance factível de que o preso, por meio de seu próprio comportamento (conforme requisitos previstos em lei em sentido estrito), volte a ser livre.[17]

---

[13] Doravante: *BVerfG*

[14] STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, 2006. p. 56

[15] *BVerfG*, 2 BvR 2029/01 (107), de 5.II.04.

[16] LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011. p. 165

[17] *BVerfGE* 45, 187 – *Lebenslange Freiheitsstrafe*

No caso da *Sicherungsverwahrung*, não foi diferente. Para a Corte alemã, a dignidade humana impunha, como pressuposto para a admissão daquele tipo de restrição à liberdade, que para todo e qualquer condenado permanecesse a possibilidade de, por meio de suas ações, ser libertado.

Definiu-se, outrossim, que quanto maior a duração da restrição da liberdade feita em virtude da *Sicherungsverwahrung*, mais estritos deveriam ser os requisitos para a sua manutenção. Esse ponto revela-se uma clara hipótese de sopesamento levado a efeito na decisão, pois busca encontrar um ponto de otimalidade entre a restrição à liberdade do condenado e a segurança a ser garantida à população.[18] Concretamente, o *BVerfG* entendeu que as prescrições do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) que regulam a *Sicherungsverwahrung* levaram isso em conta adequadamente, já que os requisitos exigidos para a manutenção da medida aumentavam conforme o tempo de sua duração e aplicação.[19]

Mencione-se, ainda, que o *BVerfG* registrou, explicitamente, que a *Sicherungsverwahrung* não violava o art. 103, (2), do *Grundgesetz*, no qual está previsto o princípio da legalidade das leis penais. Para o *BVerfG*, a área de aplicação do referido artigo restringe-se às medidas estatais que censuram um ato antijurídico e culposo e que sancionam tal ato de modo "(...) a servir para a compensação da culpa" (*Schuldausgleich*).[20] Medidas com caráter eminente ou predominantemente preventivo, como a *Sicherungsverwahrung*, não são alcançadas pelo conceito de "pena", nos termos do art. 103, (2), do *Grundgesetz*.[21]

Dito de outra maneira: o Tribunal alemão afirmou que as penas, em geral, possuem ao menos uma dimensão repressiva e não apenas finalidades preventivas. Por outro lado, a *Sicherungsverwahrung* possui uma dimensão puramente preventiva, o que afastaria a sua submissão ao princípio da legalidade.

Nesse contexto, esclareça-se que a *Sicherungsverwahrung* não é uma pena (*Strafe*), mas sim uma "medida de correção e segurança" (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*).

Conquanto o *BVerfG* tenha invocado sólidos argumentos em favor de sua decisão, isso não impediu que, anos mais tarde, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) chegasse a uma conclusão integralmente oposta.

---

[18] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 143ss.

[19] *BVerfG*, 2 BvR 2029/01 (104), de 5.II.04.

[20] *BVerfG*, 2 BvR 2029/01 (129), de 5.II.04.

[21] SODAN, Helge. "Menschenwürde; Menschenrechte; Grundrechtsbindung." *In*: SODAN, Helge. *Grundgesetz*. 2.Aufl. München: C.H. Beck, 2011. p. 618; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, 2006. pp. 1066, 1088

4. A Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Segundo o TEDH, é forçoso que se saiba, *ex ante*, qual punição poderá ser imposta pelo Estado a um possível condenado, a bem de limitar o respectivo poder punitivo e de dar segurança jurídica àquele que sofrerá a respectiva medida. Trata-se de uma exigência do princípio da legalidade, do Estado de Direito (*rule of Law*) e da segurança jurídica a eles inerentes.[22]

Sob essa perspectiva, sem um cálculo minimamente exato e prévio do tempo em que o condenado ficará recolhido em prisão, não haverá observância desses princípios. Mencione-se, ainda, que o TEDH afirmou ser contra o direito comunitário aplicar inovações legislativas a medidas de segurança em curso, por violação do princípio da não-retroatividade. Já se chamou, até mesmo, de "rigorosa" (*streng*) a jurisprudência do TEDH no que toca à proibição de retroatividade (*Rückwirkungsverbot*), uma vez que o Tribunal comunitário daria uma interpretação bastante rígida ao art. 7, n. 1, da CEDH.[23]

O caso levado ao conhecimento do TEDH possuía uma série de peculiaridades. Muitas delas não foram determinantes para o desfecho do caso e não seria adequado discorrer sobre elas em pormenor.

É importante, porém, saber que se tratava de um condenado que, após cumprir sua pena, foi submetido à *Sicherungsverwahrung*. Nessa condição, ele já estava há mais de 10 (dez) anos. Ademais, cuidava-se de um criminoso absolutamente compulsivo, como restou assentado nas decisões anteriores à da Corte Europeia. O reclamante que questionava a *Sicherungverwahrung* perante o TEDH passara a maior parte de sua vida, após ter atingido a maioridade penal, preso. Fugiu da cadeia em, pelo menos, 4 (quatro) oportunidades. Em todas elas, voltou, em questão de dias, a praticar crimes e foi recapturado. Foi acusado e condenado por vários roubos, com emprego de bastante violência, e por alguns homicídios.[24]

Após cumprir uma pena de 6 (seis) anos e ser libertado pelo Estado, voltou, aproximadamente uma semana depois de ser solto, a criminar. Por fim, foi sentenciado a um ano e nove meses de prisão, depois dos quais permaneceu recolhido em hospital psiquiátrico, em virtude de medida de segurança (*Sicherungsverwahrung*). Durante a estada na prisão, matou um colega de cela, após uma discussão fútil sobre abrir ou fechar a janela da cela em que ambos estavam, o que implicou uma nova condenação e a confirmação da medida de segurança (*Sicherungsverwahrung*) anteriormente aplicada.[25]

---

[22] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.
[23] MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 82, 416
[24] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.
[25] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.

Segundo o TEDH, o reclamante estava certo ao afirmar que não tinha condições de precisar quanto tempo iria passar na prisão e que lhe haviam sido aplicadas regras legais posteriores ao início do cumprimento da *Sicherungsverwahrung*, o que violava a vedação de retroatividade. Não apenas o regramento oscilante da *Sicherungsverwahrung* fazia ser impossível calcular o tempo que alguém iria passar preso, como permitia, potencialmente, que alguém condenado a uma pena certa e determinada ficasse durante toda a vida preso. Na espécie, uma pessoa condenada a um ano e nove meses de prisão tinha cumprido mais de doze anos, muito embora, quando ela foi presa, houvesse um limite máximo de 10 (dez) anos para o cumprimento de *Sicherungsverwahrungen*.[26]

O TEDH entendeu que ocorreu uma aplicação retroativa de norma penal sancionatória. Christoph Grabenwarter e Katharina Pabel citam decisões em que o TEDH permitiu aplicações retroativas desse tipo de penas.[27] Em alguma medida, a crítica dos autores austríacos de que não há muita consistência, neste ponto, na jurisprudência do Tribunal europeu pode estar correta. Vale apenas notar que, na decisão ora em análise, ficou assentado, pelo TEDH, que houve a aplicação retroativa de uma norma cominatória de pena, porque a *Sicherungsverwahrung* seria pena e não mera medida preventiva. Por conseguinte, contatou-se uma violação do direito comunitário no caso em tela.

Lembre-se que, conquanto houvera, inicialmente, uma limitação legal de 10 (dez) anos para a aplicação da *Sicherungsverwahrung*, os Tribunais alemães haviam acatado a argumentação do governo de que, em casos extremos, seria possível postergar a medida por mais tempo, desde que autorizado por decisão judicial fundamentada.[28] Nesse sentido, houve, inclusive, uma alteração legislativa que autorizou o prolongamento das medidas em curso, desde que em casos especiais. A alteração foi aplicada às *Sicherungsverwahrungen* ainda não findas.[29]

Na prática, o TEDH entendeu que havia uma flagrante violação do princípio da retroatividade. Da mesma forma, deixou-se de observar o princípio da legalidade, o qual, como garantia de segurança jurídica, permite ao autor de uma infração penal saber, antes de cometê-la, quais serão as consequências advindas daquele fato.[30]

Como se pode imaginar, a decisão do TEDH gerou um impasse. Por um lado, tinha-se uma Corte Constitucional nacional afirmando que um determinado instituto jurídico: (1) era constitucional; (2) estava satisfatoriamente regulado

[26] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.
[27] GRABENWARTER, Christoph; PABEL, Katharina. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012. pp. 204, 466
[28] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.
[29] HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011. p. 328
[30] TEDH, *M. v. Germany*, 19359/04, de 17.XII.09, 5ª Seção.

em lei; (3) poderia continuar a ser aplicado pelo Estado. Por outro, havia uma Corte supranacional afirmando que o mesmo instituto era incompatível com o direito comunitário e que, mais especificamente, violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Para o TEDH, o governo alemão deveria abster-se de aplicar quaisquer *Sicherungsverwahrungen*, bem como deveria pôr fim àquelas já existentes. Curiosamente, o dispositivo legal de direito comunitário que foi invocado, nomeadamente, o princípio da legalidade (penal), previsto no art. 7, n. 1, da CEDH, também estava previsto, em termos praticamente idênticos, no art. 103, (2), do *Grundgesetz*, a Lei Fundamental alemã.

Em suma, havia uma divergência quanto ao alcance do princípio da legalidade – e do seu corolário de não-retroatividade -, verdadeira pedra angular do direito penal, que estava previsto em dois diferentes diplomas legais. Ocorre que um desses dois diplomas é interpretado, em derradeira instância, pelo *BVerfG*. Já o outro, pelo TEDH. Ambos chegaram a conclusões incompatíveis. Que solução se poderia adotar? Uma solução transconstitucional, talvez?

A incógnita permaneceu sem resposta durante algum tempo. Em primeiro lugar, porque o TEDH não possui meios coercitivos para compelir a Alemanha ou seus Tribunais a cumprir as decisões que profere. Na pior das hipóteses, o TEDH pode fixar indenizações a serem pagas pelos Estados-membros da União Europeia. Todavia, não há hierarquia entre o TEDH e as Cortes nacionais ou, tampouco, entre o TEDH e os respectivos governos nacionais, embora estes últimos se submetam à sua jurisdição.

Em janeiro de 2011, houve um bosquejo de resposta. Naquela oportunidade, entrou em vigor na Alemanha a "Lei para tratamento e acomodação de criminosos violentos fisicamente perturbados" (*Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*). A lei fora aprovada em dezembro de 2012 pelo legislador alemão, como clara resposta à decisão do TEDH.

Não obstante, pode-se dizer que o impasse jurídico e político só veio a ser resolvido, ao menos parcialmente, a partir de uma segunda decisão do *BVerfG*, que declarou ser a *Sicherungsverwahrung* incompatível com o *Grundgesetz*.

5. A Segunda Decisão do *Bundesverfassungsgericht*

Revendo seu posicionamento inicial, o *BVerfG* declarou serem os dispositivos infraconstitucionais concernentes à *Sicherungsverwahrung* incompatíveis com o *Grundgesetz*. Note-se que, quando dessa segunda decisão do *BVerfG*, já entrara em vigor a "Lei para tratamento e acomodação de criminosos violentos fisicamente perturbados" (*Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch*

gestörter Gewalttäter). Sem embargo, as respectivas prescrições do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) foram declaradas inconstitucionais.

Para o *BVerfG*, a decisão do TEDH que decidiu ser a *Sicherungsverwahrung* contrária ao direito comunitário forneceu novos elementos fáticos e jurídicos para a interpretação, ao nível de direito constitucional, da própria Lei Fundamental.

Dessa forma, assentou-se que as garantias da CEDH, tanto no que se refere ao seu texto como à jurisprudência que a interpreta, funcionam como auxílios interpretativos para a determinação do conteúdo e da abrangência de direitos fundamentais e de princípios derivados do Estado de Direito da Lei Fundamental, desde que isso não leve a uma limitação ou diminuição da proteção da Lei Fundamental, o que a própria Convenção não intentou realizar (*auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt*).[31]

O limite para o nível de abertura e afabilidade ou "amigalidade" (*freundlichkeit*) da Lei Fundamental para com o direito comunitário é justamente a limitação das proteções que ela cria. Nesse contexto, podem-se aumentar as proteções jusfundamentais previstas no *Grundgesetz*, mas não diminui-las.[32]

Nesta segunda decisão, o *BVerfG* insistiu que não havia violação do art. 103, (2), da Lei Fundamental, o qual prevê o princípio da legalidade penal.[33] Manteve-se, ao contrário do decidido pelo TEDH, que há uma diferença clara entre a *Sicherungsverwahrung* e a pena privativa de liberdade.[34] Enquanto o TEDH afirmou que ambos devem ser tratados, ao nível de direito comunitário, como pena, o *BVerfG* reiterou que não houve violação ao princípio da legalidade, porque a *Sicherungsverwahrung* não é pena.[35]

Vislumbrou-se, contudo, uma incompatibilidade entre a *Sicherungsverwahrung* e o art. 2, (2), da Lei Fundamental. Sob essa ótica, há de se levar em conta o peso especialmente marcante do mandamento de proteção da confiança quando se estipula uma *Sicherungsverwahrung*, a qual pode gerar, faticamente, a perda da liberdade por um tempo que dificilmente pode ser determinado.

Afirmou-se, na decisão do *BVerfG*, que particularmente importante, na decisão do TEDH, foi mostrar que os dispositivos legais apontados como

[31] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (88), de 4.V.11.
[32] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (93), de 4.V.11.
[33] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (141), de 4.V.11.
[34] Essa diferença foi chamada de princípio ou mandamento de diferença, a saber, *Abstandsgebot*. cf. *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (136), de 4.V.11.
[35] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (141-142), de 4.V.11.

inconstitucionais autorizavam a postergação indeterminada da privação de liberdade por meio da *Sicherungsverwahrung*, o que o *BVerfG* entendeu ser inconstitucional, salvo exceções extremamente restritas. Isso porque, do contrário, onera-se excessivamente o direito fundamental à liberdade da pessoa, um direito dotado de especial relevância e peso.[36]

Em conclusão, o *BVerfG* decidiu que a *Sicherungsverwahrung* só pode ser admitida em situações extremamente excepcionais. Decidiu-se, porquanto, que a *Sicherungsverwahrung*, tal como regulada atualmente pela lei, é inconstitucional e deu-se ao legislador um prazo (até, no máximo, 31 de janeiro de 2013) para rever as respectivas disposições legais. Chegou-se a essa conclusão para evitar o possível caos („*Chaos*") que uma declaração de nulidade com efeitos retroativos poderia gerar.[37]

Restou assentado, ademais, que a *Sicherungsverwahrung*, ainda que eventualmente admissível em alguns casos, sempre deverá ser submetida a um nível de escrutínio bastante estrito e, por conseguinte, a um crivo estrito do princípio da proporcionalidade. Isso significa que a margem de conformação do legislador, em tais casos, nunca será muito ampla e que a sua prerrogativa de dispor livremente sobre a matéria também não o é.[38]

Até a entrada em vigor de novas prescrições legais, observar-se-á uma regra de transição criada pelo *BVerfG*. Segundo ela, qualquer aplicação da *Sicherungsverwahrung* deve ser derivada das peculiaridades do caso concreto e só deverá ocorrer em crimes de extrema violência física ou sexual, quando houver circunstâncias claras e concretas que demonstrem haver um perigo grave de reiteração criminosa.[39] A *Sicherungsverwahrung* continuará observando as regras da "Lei para tratamento e acomodação de criminosos violentos fisicamente perturbados" (*Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*). Contudo, a aplicação temporária dessa lei, até o fim da regra de transição, será feita *cum grano salis*, de modo a levar em conta o teor da decisão do *BVerfG* e os seus fundamentos.

Em 20 de junho de 2012, o *BVerfG* voltou a reafirmar a decisão de 2011, ao reformar uma decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH)[40], ordenando que esse Tribunal rejulgasse uma demanda à luz da decisão tomada em 2011 pelo *BVerfG*.

---

[36] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (132, 135-137), de 4.V.11.

[37] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (170), de 4.V.11.

[38] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (96-97), de 4.V.11.

[39] *BVerfG*, 2 BvR 2365/09 (172), de 4.V.11.

[40] Equivaleria, *mutatis mutandis*, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro. Contudo, enquanto acima do STJ, no Brasil, há uma Suprema Corte, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF), com competência bastante abrangente, o BGH está abaixo apenas do *BVerfG*, que é uma Corte Constitucional. Logo, o BGH é a Corte alemã mais alta em matéria de jurisdição ordinária (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) e só está abaixo do *BVerfG* no que tange à apreciação de questões estritamente constitucionais.

No julgado de 2012, reafirmaram-se os principais pontos do que fora decidido em 2011, inclusive que a *Sicherungsverwahrung* não fere o princípio da legalidade, nem o da segurança jurídica e que ela pode ser adotada em casos excepcionais, desde que à luz das circunstâncias pessoais do acusado quando do final do cumprimento da pena principal e não com base na gravidade abstrata do crime a que foi condenado o réu.[41]

Nada obsta, porquanto, que, na primeira ou segunda instâncias, um dado Tribunal reserve-se a possibilidade de apreciar se ele deve, ou não, aplicar a *Sicherungsverwahrung* ao réu, depois do final do cumprimento da pena. Chama-se isso de "medida de segurança reservada" (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*). Todavia, mesmo em tais casos, devem-se observar os critérios contidos no crivo estrito do princípio da proporcionalidade, o que o *BVerfG* entendeu não ter sido aplicado no caso. Daí a reforma da decisão do *Bundesgerichtshof* e a determinação de que esse Tribunal julgasse novamente o caso.[42]

6. Considerações Finais

Viu-se, muito claramente, que se instalou, em virtude das citadas decisões, um conflito entre o TEDH e o *BVerfG*. Tal conflito é eminentemente transconstitucional, mormente se se observa que não há hierarquia entre os órgãos envolvidos. No caso, temos ordens jurídico-constitucionais sobrepostas e entrelaçadas que precisam, para resolver suas desavenças, de constante diálogo e entendimento recíproco.[43]

O impasse surgido ficou sem solução até a segunda decisão do *BVerfG* sobre a *Sicherungsverwahrung*, cujo teor foi reafirmado em 2012, e que, conquanto não tenha aderido a toda a argumentação do TEDH, adequou-se a uma considerável parte do que o Tribunal europeu havia decidido.

Não há dúvidas de que o conflito ainda poderá assumir novas formas, sobretudo porque não houve um segundo pronunciamento do TEDH asseverando se a Alemanha se adequou, ou não, à sua decisão. Certo é que o *BVerfG*, em uma iniciativa surpreendente, voltou atrás e, baseando-se em decisão de Corte supranacional, deu nova interpretação a dispositivos da Lei Fundamental alemã.

Por esses e outros motivos, as decisões citadas e o conflito em meio ao qual elas foram tomadas mostram-se um objeto de pesquisa extremamente profícuo e instigante, a fim de se entender um pouco melhor os limites que os atores internacionais, sejam eles Tribunais ou não, impõem à adjudicação constitucional hodierna.

---

[41] *BVerfG*, 2 BvR 1048/11, de 20.VI.12.
[42] *BVerfG*, 2 BvR 1048/11, de 20.VI.12.
[43] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte.* 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BVerfG. Consulta ao banco de dados de decisões do Tribunal. < http://www.bverfg.de> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

GRABENWARTER, Christoph; PABEL, Katharina. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

LAMPRECHT, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SODAN, Helge. "Menschenwürde; Menschenrechte; Grundrechtsbindung." *In*: SODAN, Helge. *Grundgesetz*. 2.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, 2006.

TEDH. Consulta ao banco de dados de decisões do Tribunal. <http://www.echr.coe.int/echr/> Acesso em 31 de setembro de 2012.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012.